REPORT 22

DISCLOSURE
BY
THE PROSECUTION

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

©Minister of Supply and Services Canada 1984
Catalogue No. J31-42/1984
ISBN 0-662-53094-2

REPORT

ON

DISCLOSURE
BY
THE PROSECUTION

June, 1984

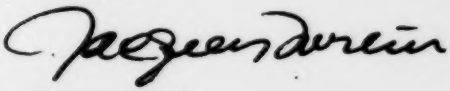
The Honourable Mark MacGuigan, P.C., Q.C., M.P.,
Minister of Justice
and Attorney General of Canada,
Ottawa, Canada.

Dear Mr. Minister:

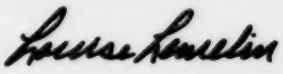
In accordance with the provisions of section 16 of the *Law Reform Commission Act*, we have the honour to submit herewith this report, with our recommendations on the studies undertaken by the Commission on disclosure by the prosecution.

Yours respectfully,

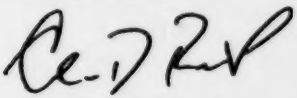
Allen M. Linden
President



Jacques Fortin
Vice-President



Louise Lemelin, Q.C.
Commissioner



Alan D. Reid, Q.C.
Commissioner

Joseph Maingot, Q.C.
Commissioner

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Professor Jacques Fortin, Vice-President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Alan D. Reid, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Criminal Procedure

Winston McCalla, Q.C., LL.B., LL.M., Ph.D.

Consultants

Anthony Hooper, M.A., LL.B.
Patrick Healy, B.A. (Hons), B.C.L.
Pierre Robert, LL.L.

Acknowledgment

The Commission was greatly assisted in the preparation of this Report by the Department of Justice, and in particular by Mr. Edwin Tollefson, Q.C. and Mr. Paul Chumak, Q.C. We would like to express our sincere thanks for their help and co-operation in this venture, although we would also like to say that the recommendations and the arguments advanced herein do not necessarily express the views of the Department of Justice.

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: The law 3

I. Current law and practice 3

II. Evolution of proposals 4

III. Experimental projects 6

IV. Disclosure and the preliminary inquiry 10

CHAPTER TWO: Reforming the law 13

I. Recommendation 13

II. Commentary 15

A. *General remarks* 15

B. *The timing of disclosure* 18

1. Notice of accusation 18

2. Notice of right to disclosure 19

3. Disclosure 20

C. *The objects of disclosure* 22

1. Statements 22

a. *Statements by the accused* 23

b. *Statements by witnesses* 24

2. Criminal records 25

3. Other objects of disclosure 26

D. *Exceptions* 28

E. *Enforcement* 29

F. *Costs* 30

G. *Consequential amendments* 30

CONCLUSION 33

ENDNOTES 35

Introduction

Fairness and efficiency in the administration of justice depend in large measure upon the quality of information available to litigating parties. In Canadian law pre-trial disclosure and discovery are commonplaces of civil procedure, designed to expedite the resolution of a dispute by refining the issues to be debated at trial and minimizing the risk of surprise. Our rules of criminal procedure, however, do not provide for such disclosure, although the preliminary inquiry is commonly used by defence counsel as an opportunity to discover the strength and the scope of the Crown's case. The essential question of policy, then, is this: would the interests of fairness and efficiency in the administration of criminal justice be materially enhanced by the enactment of rules to require pre-trial disclosure of evidence and information? Assuming an affirmative answer, a further question arises: what is the proper extent and content of such rules?

These questions have been carefully examined in many jurisdictions that trace their system of criminal law to the common law of crimes. In Canada the principal catalyst for discussion has been the Working Paper entitled *Discovery in Criminal Cases*, which was published by this Commission in 1974. The scope of disclosure and the function of the preliminary inquiry have since been re-examined by the Commission and other interested groups within the legal community. The quality of these deliberations has been enriched by the results of several empirical studies and experimental projects.

Without prejudice to future work on disclosure by the accused and the preliminary inquiry, the recommendations advanced in this Report proceed from the conviction that statutory rules on pre-trial disclosure by the prosecution would promote both fairness and efficiency in the criminal process. Such rules would serve the interests of fairness to the extent that disclosure allows the accused a more enlightened appreciation of the case he has to meet and of his options in meeting it; the risk of surprise would also be

minimized, if not eliminated, by disclosure. Efficiency would be increased simply by the reduction of delay in eliciting information of direct relevance to the preparation and resolution of the case. In sum, our answer to the central question of policy raised above is affirmative.

This Report states the Commission's views on the proper scope and content of statutory rules for the regulation of pre-trial disclosure by the prosecution. We would emphasize, however, that the recommendations advanced in this Report mark only a first step toward a thorough revision of pre-trial procedure in criminal matters. While they may be partial, we firmly hope that these recommendations will enhance pre-trial disclosure by the Crown, minimize the need for preliminary inquiries, and thus promote efficiency in the disposition of criminal cases.

CHAPTER ONE

The law

I. Current law and practice

Canadian criminal legislation has never formally provided for a general scheme of pre-trial disclosure by the prosecution. In specific instances, however, the *Criminal Code* stipulates that the Crown must make disclosure,[1] and it might also be said that the right of the accused to cross-examine and call witnesses at a preliminary inquiry provides incidental leverage for discovery.[2] Similarly, in a purely judicial development, Canadian courts appear to have accepted the English position that in order to eliminate the prejudice inherent in surprise the Crown is obliged before trial to furnish the defence with the statements of those witnesses to be called at trial who were not called at the preliminary inquiry.[3] But it cannot be said that Canadian criminal law enforces a policy of pre-trial disclosure by the prosecution. Apart from specific and limited requirements currently prescribed by law, pre-trial disclosure in Canada is characteristically an informal process, predicated upon the Crown's discretion in the management of its case.[4] To the extent that it exists, pre-trial disclosure is subject to the vagaries of regional practice, plea-bargaining and personal relations among members of the criminal bar; for these reasons alone it defies systematic analysis as an integral feature of Canadian criminal procedure.

II. Evolution of proposals

The impetus toward formal procedures for pre-trial disclosure has gathered strength in Canada in the past fifteen years. Among the most significant factors contributing to this development are initiatives in Britain and the United States,[5] the sophistication of plea-bargaining, and the discussion of pre-trial discovery in academic writings and the publications of the Law Reform Commission of Canada.[6] In its Working Paper of 1974, the Commission recommended the abolition of the preliminary inquiry and its replacement with a formal system for disclosure by the prosecution that would consist, first, of an informal discussion between counsel, and then a pre-trial conference before a judge. Predictably, these recommendations provoked a substantial measure of discussion; they also provided a basis upon which several experimental projects were later established. We shall review these projects later in this Report, but it will suffice at this juncture to say that the net result was a significant saving of time in the preparation and disposition of cases, and thus the experiments clearly strengthened the argument for a formal system of disclosure.

Nevertheless, the argument for pre-trial disclosure has aroused particular controversy with respect to the ramifications that such a procedure would have in connection with the preliminary inquiry. It is perhaps self-evident that these two procedures would have a marked influence on each other in the law as it presently stands, and it is equally apparent that recommendations for a formal system of disclosure will necessarily have consequences for other aspects of pre-trial procedure. Indeed, the Commission's recommendation in 1974 was predicated entirely upon the benefits expected to accrue from the enactment of a comprehensive system of pre-trial disclosure. It was believed that such a system would alleviate problems of delay that attend the preliminary inquiry. At the same time, however, it must be acknowledged that the Commission's tentative recommendations confounded the advantages that might flow from disclosure and the function of the preliminary inquiry as a test of the sufficiency of the Crown's case. Various experimental projects affirmed that a system of disclosure avoided the needless summoning of witnesses and allowed the disposition of some cases without a preliminary inquiry, either by

waiver or guilty plea, but it could not be asserted that disclosure obviated the utility of a pre-trial inquiry on the strength of the Crown's case.

Thus, while the experimental projects proved the advantages of a scheme of disclosure, they did not promote unanimity of opinion with respect to the modalities of such a scheme or the function of the preliminary inquiry. On the first point, opinion was and remains divided with respect to such central issues as the extent and timing of disclosure, the permissible uses of disclosed material, the discretion of the Crown, the judicial role in the process of disclosure, and the appropriate sanction for failure to make disclosure. These questions were considered in June 1976, when the Law Reform Commission presented a paper on pre-trial procedure to the annual meeting of ministers of justice in Vancouver, and again in March 1977 at a conference organized by the Commission on the theme of "better preparation for trial." At the conclusion of these discussions, it was clear to the Commission that pre-trial disclosure by the prosecution could not proceed solely on a voluntary basis and that legislation was the only effective alternative. Once again, however, there was no discernible consensus on the modalities of disclosure. In 1978, the Commission published its ninth Report to Parliament, consisting of recommendations for miscellaneous amendments on criminal procedure, and included among the proposals was a suggestion to allow proof of certain facts by solemn declaration. Such a procedure, which presumes a measure of pre-trial disclosure, could be construed as a step toward a more complete scheme of disclosure.

With the commencement of the Criminal Law Review in 1981, the Law Reform Commission once again turned its attention to pre-trial disclosure, and a new approach to the issue was discussed at a consultation with representatives of the provincial attorneys-general in June 1983. On this occasion the Commission suggested that the preliminary inquiry be retained but integrated within a detailed scheme of disclosure consisting, first, of an informal conference between counsel for the parties and, second, of an appearance before a judge to resolve any outstanding disputes concerning disclosure. These proposals were resisted because they raised logistical problems concerning the scope of reform of pre-trial procedure in the Criminal Law Review. Accordingly, in October 1983, the Commission decided to modify its approach by

opting for discrete recommendations that would permit the introduction of a system of pre-trial disclosure in Canadian criminal procedure without major disruption in current law. This rather limited objective explains in part the Commission's confidence in proceeding directly to a Report to Parliament with these recommendations.

III. Experimental projects

After the publication of the Commission's Working Paper in 1974, several experimental projects were established to test the viability of pre-trial disclosure as a feature of common practice. As recounted in the synopsis that follows, these experiments affirm that significant benefits would accrue to the administration of criminal justice by the introduction of a formal scheme for disclosure.

The first experimental project began under the guidance of His Honour Judge Lessard in Montréal on 28 February 1975. The foundation for the project was the consent of the criminal bar and the judiciary; thus, being voluntary, it was understood that defence counsel maintained the right to request a preliminary inquiry. In the absence of specific powers in the Code, the role of the judge supervising the process of disclosure was somewhat reduced. Although in practice he served as an adjudicator between the parties, his only jurisdictional authority derived from the powers conferred on a justice at the preliminary inquiry, and especially the powers of adjournment.

The procedure adopted in Montréal consisted of two stages, a disclosure conference between counsel followed by a hearing before a justice. On the date set for appearance before the justice, counsel would meet in advance for the purpose of disclosure. This session also provided an opportunity for plea-bargaining or for the preparation of future proceedings. Counsel would also discuss at this time possible admissions or the waiver of the preliminary inquiry under section 476 of the *Criminal Code*. (The disclosure "hearing" can be defined as a preliminary inquiry at which no

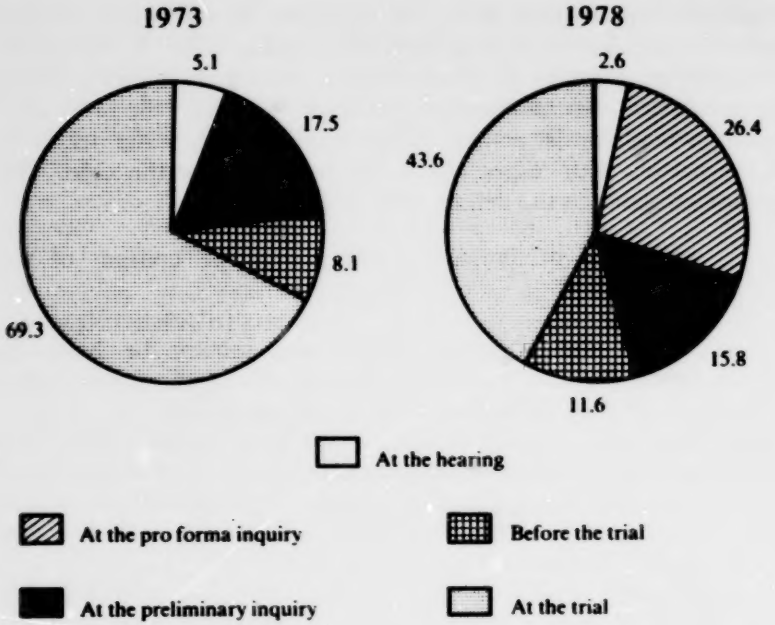
witnesses are subpoenaed.) The justice of the peace would ascertain whether disclosure had been made and, if one party indicated an intention to proceed to a preliminary inquiry, invite the parties to limit the issues. In principle, however, the *pro forma* hearing would consist mainly in noting the intentions and decisions of the parties with respect to the future course of the case. The options available to the defence would be these:

- waive the preliminary inquiry, with the consent of the prosecution;
- request that a partial preliminary inquiry be held, by undertaking to waive the continuation of the inquiry after one or more named witnesses had been heard;
- request a preliminary inquiry;
- enter a guilty plea;
- request that the hearing be adjourned for purposes of a possible guilty plea or in order to complete disclosure; or
- make certain admissions.

Finally, the parties would inform the court of the approximate duration of the next stage, whether it be a preliminary inquiry or trial.

The following table, which illustrates the stages at which cases were settled both before (1973) and after (1978) the commencement of the experiment in Montréal, demonstrates convincingly the advantages of a scheme for disclosure:

(See next page)



The table demonstrates that the "*pro forma* inquiry" allowed a conclusive settlement of 26.4% of cases. Moreover, it should be noted that a significant proportion of cases settled at trial were not preceded by a preliminary inquiry, due to a waiver under section 476 of the *Criminal Code*.

Another important effect revealed in the table is the net increase of guilty pleas between 1973 and 1978; at the preliminary inquiry, where a comparison is possible, the number jumped from 8.1% to 19%.[7] This same trend can also be observed with respect to guilty pleas just before trial, which increased from 10.5% in 1973 to 21% in 1978. It should also be noted that the number of charges withdrawn by the prosecution almost tripled after the introduction of the experiment, increasing from 4.5% in 1973 to 12.2% in 1978. All of these figures necessarily imply a significant saving in the cost of the administration of criminal justice.[8]

The thrust of the experiment in Montréal was the creation of a new step in the judicial process, between the first appearance and the preliminary inquiry, which automatically promoted the development of pre-trial disclosure as an essential aspect of criminal

practice in Montréal. (Indeed, what began as a temporary project in 1975 has since become common practice.) The creation of a distinct procedural stage in the judicial process would appear to be the touchstone of success in Montréal. In Vancouver, for example, the experiment was not part of the judicial process, with the result that the scheme remained characteristically informal and failed to become a regular aspect of local practice.

Although the pilot project in Montréal was the only experiment subjected to exhaustive evaluation,[9] it was not the only experiment undertaken in Canada. The project in Ottawa followed shortly after the commencement of the scheme in Montréal and adopted procedures that were virtually identical. It is worth noting, however, that this experiment placed considerable importance on preparation of the record. For example, the Ottawa project provided for a preliminary meeting between the Crown attorney and the investigating officer to decide the charges to be brought and any additional evidence that would be needed for purposes of discovery. This procedure directly affects the charging process and the commencement of proceedings. The Ottawa project was also distinctive in that the information to be disclosed was determined in advance. This affects the police report, of course, but also ensures that disclosure policies are uniform. The evaluation of the Montréal pilot project regarded the lack of prior definition of the evidence to be disclosed as a shortcoming. This shortcoming was one of the chief sources of defence counsel's dissatisfaction until the Crown office in Montréal adopted informal guidelines on the subject.

Another experimental project was conducted in Edmonton for a brief period at the beginning of 1977. The results were encouraging because there was a reduction of 50% in the number of witnesses called. Unlike the projects in Montréal and Ottawa, the experiment in Edmonton left little to the judge except verification of decisions taken by the parties as a result of disclosure.

Between 1977 and 1979 there were two experimental projects on disclosure in Vancouver, one conducted by the federal Crown and the other by the province. Both were distinguishable from other experiments because disclosure was left entirely to the parties, under the supervision of a co-ordinator who was not a judge.

IV. Disclosure and the preliminary inquiry

As already noted, the Commission's Working Paper in 1974 advocated the abolition of the preliminary inquiry and its replacement with disclosure and a right to make a motion on the disclosed material that there was no *prima facie* case. In May 1982, the Law Society of Upper Canada published the *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*, also known by the name of its chairman, Mr. Justice G. Arthur Martin, as the Report of the Martin Committee. In it the majority also recommended "paper committals," subject to the right of the prosecutor to call witnesses if he wished to do so, and subject to the right of the accused to call witnesses with the leave of the justice. The accused would have retained the right to make a submission that the case not be committed for trial, having regard to the documentary material and the testimony of any witnesses who were called. The documentary material was to consist, "generally speaking," of signed statements.[10]

The minority report of the Martin Committee concluded that there should be no alteration of the right to have a preliminary inquiry, and that proper discovery would reduce the length and number of preliminary inquiries, as it had done in England.[11] Indeed, the minority questioned the statistics relied upon by the majority to justify their recommendations. To the extent that there are abuses, according to the minority, one solution would be to permit judges to order counsel who wasted time to bear the costs for work not reasonably or necessarily done. The minority also recommended that Provincial Court judges should exercise more control over rambling examinations.[12]

At about the same time the Criminal Lawyers' Association of Ontario published a report entitled *The Preliminary Hearing*, which was largely to the same effect as the minority report.[13] The report included a statistical study of the preliminary inquiry by Dr. James Wilkins, who concluded that the preliminary hearing in Ontario was infrequent and accounted for between 0.5% and 4.7% of the dispositions by the Provincial Court (Criminal Division).[14] He found that in approximately half of all preliminary hearings the accused were discharged or the evidence waived. Like the minority, Dr. Wilkins concluded that improved disclosure would likely result

in a corresponding reduction in the duration of preliminary inquiries.

The recommendations of the Martin Committee, and particularly the suggestions concerning the abolition of the preliminary inquiry, were also discussed at meetings convened in 1983 at Toronto and Banff by the Canadian Bar Association. At the same time the federal Department of Justice undertook an empirical study of the preliminary inquiry. This study focussed upon 7,219 prosecutions in which a preliminary inquiry was available. The sample was drawn from thirteen judicial districts across Canada and each case began within the first quarter of 1980. Of all these prosecutions a preliminary inquiry was held in 2,174 cases, or 30%. Of the cases in which a preliminary inquiry was held, witnesses were summoned and heard in only 46% of the inquiries. Moreover, in 80% of those cases, the duration of the preliminary inquiry was less than a day, and 10% of the cases resulted in withdrawal of the charges or discharge of the accused. It should also be noted that of the 1,800 cases that led to a committal for trial after the preliminary inquiry, 71% of them resulted in a plea of guilty. These figures affirm that the preliminary inquiry and a scheme for pre-trial disclosure can coexist.[15]

For its part, however, the majority of the Martin Committee recommended that legislation implementing its proposals for change not be enacted until the system had been in force on a voluntary basis for a sufficient length of time to permit an assessment of its operation and sufficiency. But, the majority also said:

> To provide an unqualified right to require witnesses in certain categories to be examined under oath would have the effect of superimposing the existing preliminary hearing on a pretrial disclosure system, which would do little, if anything to reduce the length of preliminary proceedings and might likely increase their length.[16]

We respectfully disagree. Based on the data reviewed above, it is our view that full disclosure will reduce the length and number of preliminary inquiries. If there is full disclosure, the preliminary inquiry will survive to perform its true function as a screen against an insufficient case.

CHAPTER TWO

Reforming the law

I. Recommendation

The Commission recommends that the following Part be added to the *Criminal Code:*

PART XIV.2 Disclosure

462.5 A judicial officer shall not proceed with a criminal prosecution at the time that the accused first appears unless he has satisfied himself

(*a*) that the accused has been given a copy of the information or indictment reciting the charge or charges against him in that prosecution; and

(*b*) that the accused has been advised of his right to request disclosure under section 462.6.

462.6 (1) Upon request to the prosecutor, the accused is entitled, before being called upon to elect mode of trial or to plead to the charge of an indictable offence, whichever comes first, and thereafter,

(*a*) to receive a copy of his criminal record;

(*b*) to receive a copy of any relevant statement made by him

to a person in authority and recorded in writing (or to inspect such a statement if it has been recorded by electronic means);

(*c*) to inspect anything that the prosecutor proposes to introduce as an exhibit and, where practicable, to receive copies thereof;

(*d*) to receive a copy of any relevant statement made by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness and recorded in writing or, in the absence of a statement, a written summary of the anticipated testimony of the proposed witness;

(*e*) to inspect the electronic recording of any relevant statement made by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness;

(*f*) to receive, where his request demonstrates the relevance of such information, a copy of the criminal record of any victim or proposed witness; and

(*g*) to receive, where known to the police officer or prosecutor in charge of the investigation, and not protected from disclosure by law, the name and address of any other person who could be called as a witness, or other details enabling that person to be identified,

unless, upon an *ex parte* application by the prosecutor supported by an affidavit demonstrating that disclosure will probably endanger life or safety or interfere with the administration of justice, a judicial officer having jurisdiction in the matter orders, in writing and with reasons, that disclosure be delayed until a time fixed in the order.

(2) A request under subsection (1) imposes a continuing obligation on the prosecutor to disclose the items within the class requested, without need for a further request.

(3) A statement referred to in paragraph (*b*), (*d*) or (*e*) of subsection (1) does not include a communication that is governed by Part IV.1 of this Act.

462.7 Where a judicial officer having jurisdiction in the matter is satisfied that there has not been compliance with the provisions of section 462.6, he shall, at the accused's request, adjourn the proceedings until in his opinion there has been compliance, and he may make such other order as he considers appropriate in the circumstances.

II. Commentary

A. *General remarks*

As noted in the introduction to this Report, fairness and efficiency in the administration of criminal justice are the only objectives that would justify the enactment of rules to govern pre-trial disclosure by the prosecution. If such rules would not materially enhance the ability of the defence to make an enlightened response to the prosecution's case, or significantly reduce delay in the disposition of cases, their enactment would only aggravate the blight of unnecessary legislation.

In favour of rules on early disclosure it is argued that non-disclosure or late disclosure can result in an uninformed election or plea and, consequently, a protraction of the case by recourse to procedures for re-election or change of plea. Failure to disclose in

whole or in part can impair the accused's ability to prepare his defence fully. Moreover, delay is rife in the criminal courts partly because the preliminary inquiry and the right of cross-examination are commonly exploited as mechanisms for disclosure. The primary function of the preliminary inquiry is to test whether the Crown can adduce sufficient evidence to put the accused in jeopardy of conviction at a subsequent trial: disclosure will inevitably be an element in that test of sufficiency, but it does not follow that the preliminary inquiry should be a forum for defence counsel to tease out the various strands of the prosecution's case. Similarly, the primary function of cross-examination is not to gather all information that might possibly be relevant to the case but to test the relevance and reliability of evidence or the credibility of witnesses. To the extent that non-disclosure provokes investigative cross-examination, in circumstances where disclosure would obviate the need for it, the case for disclosure is clear.

In sum, proponents of comprehensive disclosure take the view that rules for this purpose would promote both fairness and efficiency because the accused who is fully apprised of the Crown's case will naturally focus his response to the prosecution with greater acuity. With enhanced concentration on the contentious issues in the case, a scheme for disclosure would correspondingly accelerate the disposition of cases with more admissions, committals by consent, informed pleas of guilty or withdrawals by the Crown. Similarly, a judge with the knowledge that the defence has had disclosure from the Crown will be in a surer position to make rulings on amendments, severance or particulars, for example, and more generally to urge counsel to expedite proceedings by admissions or other means.

Opponents of disclosure argue in the main that comprehensive and obligatory disclosure would compromise the Crown's control over its case and thus the integrity of the prosecution. This is especially clear, they say, where the protection of witnesses is concerned. As a proponent of full disclosure, the Commission obviously does not find these arguments compelling, but it does not follow that we find them groundless. We take the view that the protection of witnesses and integrity of the Crown's case can be assured within a mandatory scheme of disclosure.

In many respects, attitudes toward pre-trial disclosure reflect the professional cleavage between the prosecution and the defence

in the practising bar. While the adversarial relationship exists, strictly speaking, between the state and the individual accused, it is part of the ethos of criminal practice in Canada that the adversarial relationship tinctures the relations between counsel for the state and counsel for the accused. As a result, the quality of disclosure, especially where disclosure is discretionary or voluntary, depends in large measure upon the quality of relations among members of these two groups. Partisanship of this nature does not arise where lawyers alternatively act for the prosecution and the defence. Indeed, it is certain that the absence of partisan divisions in the English criminal bar facilitated the passage of legislation on pre-trial disclosure by the prosecution in that country. In Canada, however, the polarization in the criminal bar makes consensus on issues of law reform difficult. The Attorney General's agent, whose daily occupation is the prosecution of alleged criminals, can scarcely be expected to adopt a disinterested posture on questions of policy where those questions involve the competing professional positions of the Crown and the defence. Nor, of course, can the defence. In general, however, professional prosecutors are in a stronger position to influence criminal-justice policy. This is in large part due to the fact that in Canada the responsibilities of chief law officer of the Crown and of senior adviser to the Government on the policy of the law have traditionally been vested in the same minister of the Crown, commonly the Attorney General. In our view these considerations sometimes obscure substantive issues.

The substantive question here is whether disclosure of the type proposed by the Commission will impede the efficient prosecution of crime. We must advance an argument that the rules we propose, which will make much of the Crown's case transparent, are not contrary to the public interest.

It has been argued that disclosure could prejudice the prosecution where investigation of the case is incomplete, as is commonly so at the time of first appearance. In these circumstances we feel that an obvious means of protection lies in the Crown's control over the decision to initiate a prosecution. There can be no right to disclosure where there is no charge. If the police and Crown prosecutors fear that disclosure after first appearance would endanger the success of an investigation or prosecution, their remedy lies in disciplined use of the power to charge. The fear that an incomplete investigation will be revealed with all its deficiencies simply does not make a case against disclosure.

Beyond this, the Commission has attempted to eliminate any grave risk that might result by disclosure through an exception to the duty to disclose. We will, however, defer our discussion of it to a later stage in this commentary.

The significance that we attach to the rights and obligations contemplated in this report is but one reason among three for which the Commission recommends legislation as the appropriate vehicle for rules on disclosure. Another is the need for national consistency, if not uniformity, regarding the timing and the content of the obligation to disclose: legislation is the surest instrument by which to achieve this aim. Third, to promote compliance, and to promote consistency of application, we advocate legislation as a means by which to ensure that pre-trial disclosure by the prosecution is subject to judicial supervision.

Having decided in favour of legislation, we should explain the reasons for recommending the enactment of a new Part in the *Criminal Code*. The dominant reason is that disclosure is a discrete issue in the law of criminal procedure that cannot conveniently be accommodated in existing parts of the Code. The Commission's proposal, for example, could not be brought within Part XIV or Part XV without raising significant problems relating to the classification of offences and the jurisdiction of various judicial officers. (For this very reason we have used the term "judicial officer" to designate any justice, magistrate or judge who would have jurisdiction to administer the rules that we propose.) The creation of a new Part in the Code would afford corollary advantages. In particular, it would provide a convenient container for any further reforms with respect to disclosure, whether disclosure by the prosecution or by the defence.

B. *The timing of disclosure*

1. Notice of accusation

A notice of accusation is intrinsically different from statements, criminal records and other items of material relevance to a prosecution; it is not, strictly speaking, an element of the Crown's

case, and thus some may not consider it apt as an element of disclosure. Nevertheless, providing a notice of accusation and making disclosure are similar to the extent that both consist in the transfer of material from the prosecution to the defence, and thus we find it convenient to incorporate a right to notice of the accusation in our scheme for disclosure.

The Commission takes the view that the imposition upon the state of an obligation to provide a copy of the information or indictment, at or before the time the accused first appears, is a negligible imposition by contrast to the significance of the right. We regard this obligation as a specific elaboration of the right to notice guaranteed in section 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and we would point out that there is a similar elaboration of this right in section 531 of the *Criminal Code* with respect to indictments.

2. Notice of right to disclosure

In the interests of equality before the law we recommend that paragraph 462.5(*b*) be enacted to ensure that every accused person, whether represented by counsel or not, is apprised at his first appearance of his right to disclosure under section 462.6. While the lack of representation at the first appearance in indictable cases is increasingly rare, due to the availability of legal aid and the bias of the law against pre-trial detention, the Commission believes that, in those instances where the accused is not represented, the right to know may be as important as the right to disclosure itself. Indeed, on this basis the accused might seek counsel. In many instances the effect of the warning provided in paragraph 462.5(*b*) will be nugatory, but the Commission categorically rejects the argument that the proposed section would add nothing but a useless encumbrance to the burden of procedural formalities now imposed upon judges sitting in the criminal courts. Such an argument is blind to essential precepts of principle and an affront to the competence of the judiciary. Though we prescribe no form for the notice in paragraph 462.5(*b*), the simplicity of the provision should not pose difficulties in daily practice. We should say, however, that we have no hesitation in characterizing a failure to comply with paragraph 462.5(*b*) as an error reviewable by prerogative relief or appeal.

3. Disclosure

We propose that the accused should be entitled to disclosure before he is called upon to make a decisive step toward the disposition of his case. In our view that point is the moment at which the accused is called upon to elect mode of trial or to plead. This is the moment at which the accused is truly in jeopardy of conviction. Lest there be any ambiguity about the Commission's proposal in this regard, we emphasize that our recommendation contemplates a right of disclosure *before* election or plea, and thereafter, rather than *at* election or plea. The operational nexus of the scheme is a request addressed to the prosecutor by the accused or his counsel. The Commission takes the view that this approach is preferable to the imposition of a statutory duty of disclosure upon the prosecution simply because the efficient operation of a scheme for disclosure must admit of some flexibility. An automatic duty of disclosure on the Crown would impose a massive obligation that would often be quite disproportionate to the needs of the defence in a given case. Moreover, the recommendation as framed allows defence counsel to assess the case and to make discriminating requests of the prosecutor. In practice, however, we do not expect defence counsel to abuse the system with early requests for the disclosure of everything in the proposed section. As we have prescribed no form or practice with respect to requests for disclosure, the hearing required by the defence would, we assume, be the subject of preliminary discussions between counsel for the accused and the Crown.

With respect to the moment at which disclosure is actually made, the Commission expects that Crown prosecutors will provide the material to the defence within a reasonable time to allow the defence to digest it in the preparation of its case. If such time should not be available, a motion for adjournment would be fully justified.

The flexibility inherent in our proposal is deliberate. While election and plea are necessary steps in the disposition of indictable cases, there are variations in local practice that affect the delay between the first appearance of the accused and his arraignment. To some extent the length of the delay is attributable to the jurisdiction of courts and to the volume of business in a given place. In many places the first appearance is little more than an occasion at which to consider matters of interim release, and

the arraignment is deferred in order to allow the accused to consult with counsel and make an intelligent assessment of the options available to him at the next appearance. This is especially true of offences for which the accused has the right of election; frequently it is also true of offences within the absolute jurisdiction of the magistrate. In these circumstances current practice already admits of a delay during which disclosure can be made.

In other jurisdictions, however, a prosecution can be significantly advanced, and even completed, at the first appearance. This is so in Québec, for example, where judges of the Sessions Court, the general court of criminal jurisdiction, usually preside at the first appearance and can preside in any case except those tried by judge and jury. The arraignment typically takes place at the first appearance, and disclosure commonly takes place after election and plea. For these courts our proposals on disclosure might imply a change in current practice, and the introduction of some delay in the process, to the extent that requests for disclosure could be made before election and plea.

While any clear prospect of delay in the disposition of cases is a matter of concern, we think that our recommendation is supportable for two reasons. First, the purpose of giving an accused access to material that will allow him to prepare an intelligent and enlightened response to the prosecution would be compromised if the right did not arise before election and plea. Second, we are convinced that delay in the interim between first appearance and the arraignment will be more than offset by the fact that a scheme of mandatory disclosure would diminish delay at later stages. Indeed, it is our view that such a scheme would reduce the incidence and the length of preliminary inquiries, reduce the incidence of perfunctory elections, and promote the speedy disposition of cases. In sum, we believe that adequate compensation for the cost of any initial delay necessary to make adequate disclosure will be found in savings elsewhere in the process.

Finally, we should emphasize that the right to disclosure under section 462.6 is a continuing right. The request by the defence entitles the accused to disclosure of materials that are covered by the request itself and permitted under the section. If further material defined in the request should later come into the possession of the prosecutor, the obligation to disclose would extend to such new information. Having put the initial obligation upon the accused, we are of the view that the imposition of a subsequent obligation to request further information would impose nothing but an administrative nuisance on all concerned.

C. *The objects of disclosure*

The objects of disclosure contemplated in this Report are of three types: statements, criminal records and other items of disclosure.

1. Statements

The Commission's recommendation for the disclosure of statements extends to those made by the accused and by persons whom the prosecutor proposes to call as witnesses. Before looking at each of these, it is appropriate to make a general observation about the terminology in paragraphs 462.6(1)(*b*), (*d*), and (*e*) with respect to statements.

First, we have attempted to impose a sensible restriction on the scope of disclosure by limiting the obligation to "relevant" statements. The assessment of relevance can vary markedly in the circumstances of a given case, but we are confident that this qualification will not of itself engender inordinate debate and thus delay. Relevance, in our view, signifies material pertinence with respect to the proof of charges against the accused in the instant prosecution or, more generally, with respect to the transaction upon which those charges are based. We adopt this broader notion of relevance to the transaction in order to ensure full disclosure to the accused who, after committal on a given charge at a preliminary inquiry, is brought to trial on an indictment charging other offences disclosed by the evidence at that preliminary inquiry.

As for the means of disclosure, there is no need to dwell on the meaning of "receive" or "inspect." These are words currently found in section 531 of the *Criminal Code*. With respect to statements, however, we propose a right of inspection where the statement is electro[illegible]ally recorded.

Although in principle we would agree that the accused should be entitled to a copy of any statement made by him to a person in authority, whether it was recorded electronically or in writing, we are reluctant at this point to recommend more than a right of inspection. We have already, in Working Paper 32, recommended the electronic recording of the interrogation of suspects as a

general practice and we are anxious to encourage the adoption of this procedure by police forces across Canada. There is general concern about the costs of such a requirement and especially with respect to the cost of providing copies to those who are interrogated. We would like to have more information about the difficulties, if any, that might be involved in complying with a general obligation to provide copies, before committing ourselves to such a recommendation in a report to Parliament on the interrogation of suspects. In the meantime we believe that a right of inspection would provide adequate disclosure of the contents of an electronic recording. Furthermore, we are confident that in cases where a copy would provide defence counsel with an added measure of convenience, a reasonable request could be negotiated between counsel for the defence and the Crown.

a. *Statements by the accused*

The importance of the accused's statements is self-evident and need not be developed. It is difficult to imagine a class of evidence that is of greater significance to the case for the defence. One difficulty that may arise from the language of paragraph 462.6(1)(*b*) lies in the definition of "statement." In particular, can a police officer's notes of an interrogation be assimilated to the accused's "statement" for purposes of disclosure? In the absence of express adoption by the accused, the notes cannot strictly be identified with his statement because they represent nothing but the officer's rendition of the statement. For practical purposes, of course, an identification is readily made between the two, and for present purposes we certainly have no hesitation in bringing the officer's notes within the scope of disclosure. The obligation to provide a copy would be satisfied by photographic reproduction of the appropriate excerpts from the notebook.

We should note that these remarks concerning the statements of the accused are equally germane to statements made by others.

Another possible difficulty is the exclusion from paragraph (*b*) of oral statements by the accused. However, in its work on the questioning of suspects by the police, the Commission contemplates a change in the law that would require the police to make a written or electronic recording of any statement made to them by a suspect. Accordingly, every statement made by a suspect to the police would be governed by paragraph (*b*) for purposes of

disclosure. Even in the absence of such a change, we are of the view that the content of a statement made by the accused to a person in authority, and not recorded, would be disclosed under paragraph (*d*).

b. *Statements by witnesses*

The thrust of paragraph 462.6(1)(*d*) is that the prosecution should provide the defence with identification of those persons to be called as witnesses, and notice of what those witnesses can be expected to say. The paragraph provides that this obligation can be discharged by supplying the defence with a written statement by the proposed witness or, if no such statement exists, with a document that describes the testimony that the witness can be expected to give. The policy that supports this paragraph is that thorough disclosure of anticipated testimony will promote admissions by the defence and diminish the need to call witnesses. Whether this objective can be realized by a provision such as paragraph 462.6(1)(*d*) depends, however, upon the quality of the statements disclosed.

In this regard, the Commission considered a proposal for the enactment of an amendment to the *Canada Evidence Act* that would permit, upon consent, the admission at the preliminary inquiry, or at trial, of a signed written statement by a witness on the same basis as oral testimony. This sort of statement, made on a voluntary basis, has been admissible in English law for committal proceedings for some time, and it draws its strength in practice primarily from a declaration by the witness that the statement is true and that deliberate falsehood renders him liable to prosecution.

Such a proposal would signify a change in the rules of evidence to expedite proceedings at the preliminary inquiry and at trial. At the same time, however, the proposal could offer the further benefit of improving the quality of disclosure. The scope of the proposal covers materials contemplated in our paragraphs (*d*) and (*e*), but the formality of the declaration would undoubtedly increase the detail and reliability of the statements.

We are not at this time recommending the enactment of such a provision. Until we are in a position to state our conclusions about the future of the preliminary inquiry, and about the trial process,

we are reluctant to recommend a change of this nature. We are uncertain of its broad implications for the law of evidence, and of its utility in improving disclosure, particularly if it were available only on a voluntary basis. Nothing in Canadian law prevents counsel from taking the benefit of the English provision informally if the statement in question is signed and admitted by consent, and we have no hesitation in encouraging this practice.

Where there is no statement by the witness, whether of the kind just referred to or of a less formal nature, we propose that the prosecutor should ensure that a "will say" statement is prepared and disclosed, setting out the anticipated testimony of the witness. As the recommendation would impose the statutory duty of disclosure on the Crown, it would be the prosecutor who, for practical purposes, would bear responsibility for the adequacy of disclosure should the defence allege non-compliance. In this regard the prosecutor's responsibility should enhance the quality of disclosure contemplated by paragraph 462.6(1)(*d*). For obvious administrative reasons we are reluctant to impose an obligation on prosecutors to provide a "will say" statement in every case. In the strongest possible terms, however, we would urge that "will say" statements should be prepared wherever the right to disclosure under paragraph (*b*), or otherwise under paragraph (*d*), does not adequately cover the anticipated testimony of a proposed witness.

2. Criminal records

The importance of the accused's criminal record in a criminal prosecution is obvious and we need not dwell on the justifications for including this information in our proposals for disclosure.

The case for disclosing the criminal record of a witness is not quite as obvious. The uses to which this information may be put are more limited. Witnesses are not in jeopardy, and the use of this information against them will not result in aggravation of penalty, as may be the case with the accused.

Nonetheless, the criminal record of a witness can bear significantly upon his credibility, and the ability of defence counsel to challenge the witness's credibility ought not to be impaired by difficulties in acquiring the appropriate information. The fact of a person's conviction is a matter of public record, and it appears

reasonable to us that the prosecution, which has easy access to this information, should be obliged to share it with the accused. This position is further supported by an elementary argument of fairness and reciprocity. With easy access to criminal records, the prosecution is always in a position to impugn the credibility of defence witnesses on the basis of their criminal records.

We cannot accept, however, that the criminal record of a witness should be disclosed to the defence as a matter of course. Not only would this impose a considerable administrative burden on the Crown, the disclosure of the record of a witness (especially a victim) may be unfair where it is minor or dated. Its relevance may not be ascertainable until well into the proceedings, and in many cases it will never be relevant. Accordingly, we propose that the defence should in its request for disclosure justify a request for the criminal record of a witness with information that demonstrates the relevance of this item.

3. Other objects of disclosure

Apart from statements and criminal records, we recommend that the defence should have access to other items of disclosure. Our proposal to give the accused the right to inspect anything the prosecution proposes to introduce as an exhibit merely reproduces the right now provided in section 531 of the Code. We propose to augment that entitlement with a right to request and receive copies of exhibits where it is practicable for copies to be made. Obviously, this right cannot be exercised with regard to all forms of real or documentary evidence. However, it seems plain that documents would be the items most commonly disclosed under this provision, although even here problems of impracticability will sometimes limit the accused to a right of inspection.

A minimal requirement would be that the thing in question be susceptible of duplication. It follows, therefore, that scientific specimens or samples would not be included in this provision. The extent to which a scheme of disclosure should entitle the accused to conduct forensic tests is a distinct problem, fully recognized by the Commission and partly covered by section 533 of the Code, but we will reserve this issue for future consideration. At the very least, however, our proposals would entitle the accused to the reports of any forensic tests where the expert is a proposed witness.

We have also recommended disclosure of the names or means of identifying those persons whom the prosecutor could call as witnesses, but who do not fall into the category of proposed witnesses covered by paragraphs (*d*), (*e*) and (*f*). The purpose of this is to afford the defence an opportunity to interview persons already interviewed by the police or the prosecutor with regard to the offence in question. To the extent that paragraph 462.6(1)(*g*) covers persons whose assistance might lead to acquittal of the accused or mitigation of his punishment, the prosecutor is already ethically obliged to disclose their identity to the defence. Our proposal, however, is more expansive. We do not regard it as sufficient to vest in the police, or in the prosecutor, undefined discretion to assess who may have relevant information to contribute to the trial of an offence.

Nevertheless, the right to disclosure under paragraph 462.6(1)(*g*) is limited to information known to the prosecutor or peace officer in charge of the case against the accused. Although it could be argued that the accused should be entitled to receive information known to any peace officer involved in the case, the Commission feels that it would be too cumbersome and difficult to enforce such a right. However, any officer who deliberately suppressed such information from the prosecutor or officer in charge of the case might well be liable to prosecution for obstructing justice.

With respect to potential witnesses we do not recommend, on a mandatory basis, the type of thorough disclosure that we recommend with respect to proposed witnesses. Complete disclosure would entail not only the identification of such persons, but the disclosure of any statement they made and in some cases their criminal records. In our view a recommendation to this effect would be excessive and disproportionate to the needs of the defence. In many instances these people are of no use, or of marginal use, to the case for either side. Their statements are not evidence, although they may be effectively used by the prosecution for purposes of impeachment in cross-examination in the event the witness is called by the accused. Prosecutors are understandably reluctant to disclose these statements because to do so would imperil their principal utility. It is our view that the interests of the defence are adequately served by the mandatory disclosure of the identity of such persons, although we would not wish our

comments to discourage prosecutors from disclosing statements and other relevant information on a voluntary basis.

There may be concern with respect to the privacy interests of those persons whose identity would be disclosed under paragraph 462.6(1)(*g*). In many cases they would be known to the accused in any event, but there will be those who are not known to the accused, and who will be unwilling to have their involvement in the case made known. There is always the risk that mandatory disclosure of identity may discourage persons from coming forward to volunteer information to the police. The issue of privacy is essentially a problem that demands a balance between the rights of the accused to make full answer and defence, and the interests of those who may become involved in the administration of criminal justice. It is our view on this question of policy that the jeopardy of the conviction militates in favour of the limited disclosure contemplated by our recommendation.

In cases where there was a substantial basis for concern an application could be brought under the saving provision that is found at the conclusion of subsection 462.6(1). Beyond this, the disclosure contemplated by paragraph (*g*) does not include the disclosure of information otherwise protected by law, as would be the case with respect to the identity of police informers.

Finally, in any case where the prosecution obtains information that would tend toward acquittal of the accused or mitigation, the ethical obligation of disclosure is plain, and nothing in this report should be construed as a diminishment of that obligation.

D. *Exceptions*

It must be acknowledged in any scheme for disclosure by the prosecution that there are instances in which the public interest is better served by late disclosure, in order to prevent an interference with the administration of justice. Accordingly, we recommend in subsection 462.6(1) that where the prosecutor demonstrates that the safety of a witness or some other legitimate cause justifies a delay in disclosure, the presiding judicial officer may issue an order to that effect. While this application would be *ex parte*, the

justification for its confidentiality would lapse upon disclosure. Thereafter, the accused should be able to inspect the application, the order and the reasons.

The Commission categorically rejects the view that disclosure should ever be completely denied. It is possible to accord simultaneously the benefits of disclosure and the protection of the court. For example, disclosure of the statement of a protected witness, even moments before he testifies, may facilitate the comprehension of his testimony and provide an avenue for cross-examination on the basis of the statement.

Second, while more of an interpretative provision than a true exception to disclosure, subsection 462.6(2) exempts from disclosure the fruits of wiretapping governed by Part IV.1 of the Code. Disclosure raises particular concerns that are currently dealt with in that Part.

E. *Enforcement*

As the purpose of disclosure is to give the accused an opportunity to consider certain material in the preparation of his case, the general remedy that we propose in order to ensure satisfactory disclosure is the power of adjournment. Admittedly, the power of adjournment is discretionary and entirely flexible, but we are of the view that it is sufficiently strong to ensure in most cases compliance with the substantive aims of disclosure.

Although we considered the possibility of recommending a power to exclude evidence not previously disclosed, we could not convince ourselves that such a power was necessary, even for purely hortatory purposes, to ensure compliance with the provisions. In few cases would the prospect of surprise or prejudice be so great as to support a claim for the outright exclusion of evidence, as opposed to a temporary exclusion of the evidence until satisfactory disclosure is made. We recognize, however, that there are at least two instances where non-compliance would be so prejudicial to the accused as to warrant more than an adjournment. The first would be a situation in which failure to comply has the effect of denying the accused a reasonable opportunity to rebut the

Crown's case. A second situation would be that in which a failure to comply exhibits a wilful disregard of the rights of the accused. In both of these circumstances the broader scope of section 462.7 would empower the judge to make an explicit order for disclosure. Furthermore, egregious cases might thereafter warrant renewed reference to section 462.7, recourse to the law of contempt, or a constitutional remedy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

We do not foreclose the possibility of recommending a specific exclusionary mechanism as a remedy for non-disclosure upon the consolidation of our work in criminal procedure in a comprehensive new code, but we continue to have the concerns we expressed in Report 21 about the proliferation of exclusionary rules of varying formulations within the law of criminal procedure. This is an issue to which we intend to return in the future; for the moment, however, we refrain from recommending such a provision as part of the scheme advanced here, which we propose for implementation in the present *Criminal Code*.

F. *Costs*

The Commission recommends that the Crown should bear the costs of making disclosure as required by the proposals of this report. Although this burden may be substantial in certain cases, the costs should be recovered as a result of the speedier disposition of cases. Moreover, it is our belief that the right to disclosure is so essential to the fair administration of criminal justice that the law should preclude any possibility that the quality of a defence should be determined by the financial strength of an accused person. In many cases a mere inspection of material will not suffice and to us it is repugnant in principle that an accused person should be denied an opportunity to examine thoroughly any item of disclosure because of his inability to pay for copies.

G. *Consequential amendments*

At several points in this Report we have referred to section 531 of the present Code. This section, as far as it goes, is a useful

tool for the defence, both in the interval between committal and trial, and at the trial itself. The section allows an accused to inspect without charge the indictment, his own statement, the evidence and the exhibits, and to receive, on payment of a fee, copies of all but the exhibits. The right is, of course, judicially enforceable, and while it comes at an advanced stage of the proceedings, promotes important elements of disclosure.

Our proposals incorporate all of what is now provided by section 531, except for the right to receive, on payment of a fee, a transcript of the evidence at the preliminary inquiry. We have not included this important right in our scheme because we do not regard transcripts of evidence, strictly speaking, as objects of disclosure. Accordingly, we are of the view that section 531 should be amended to refer exclusively to this right; the remaining objects of disclosure would be covered by our proposed sections 462.5 and 462.6.

Finally, it should be noted that section 532, which provides a discrete disclosure requirement in certain cases of treason, would have to be amended. In particular, paragraph (1)(*a*), which provides specifically for a copy of the indictment to be given to the accused, coincides with our proposed section 462.5, and thus would have to be repealed. For the rest, there is no substantial duplication between our recommendation and section 532. Thus, the two can coexist, although it appears to us preferable that these remaining provisions be incorporated within the new Part of the Code recommended in this Report.

Conclusion

The aim and scope of the proposals advanced by the Commission in this Report are somewhat narrow. On the premise that pre-trial disclosure by the prosecution would enhance the interests of fairness and efficiency in the administration of criminal justice, we have recommended that Parliament enact a scheme of rules specifically for that purpose. Although we have not taken this opportunity to make a thorough review of the preliminary inquiry and disclosure by the defence, we are confident that our recommendations can be conveniently accommodated in current Canadian law and, moreover, that the scheme proposed here would survive a general revision of the law governing pre-trial procedure. Our recommendations are also somewhat conservative in that we have not adopted, for example, devices such as the signed written statement that is now a standard feature of English procedure on committal. As we have done previously, we can only emphasize again that we will re-examine matters of this kind when we turn our attention to the preliminary inquiry and other aspects of pre-trial procedure.

Yet, despite the limited focus of this Report, there can be no doubt that the enactment of the proposals advanced here would mark a significant innovation in Canadian criminal law. The traditional notion of disclosure as a voluntary and discretionary procedure would be replaced by a legislative scheme that would afford judicially enforceable rights to the accused. While we regard it as important that the essentials of the scheme be set out in the *Criminal Code*, we are equally of the view that the success of any scheme is dependent upon its absorption in the daily practice of the criminal law. For this reason, the scheme is deliberately lean, thus allowing for a measure of flexibility to accommodate variations in local practice.

Endnotes

1. See, *e.g.*, *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am.), ss. 178.16(4), 531 and 532. See also ss. 468, 469 and 533.

2. See *Patterson* v. *The Queen* [1970] S.C.R. 409; *Caccamo* v. *The Queen* [1976] 1 S.C.R. 786.

3. See *R.* v. *Demeter* (1975) 25 C.C.C. (2d) 417 (Ont. C.A.). With respect to statements by the accused to the police, see *Savion* v. *The Queen* (1980) 52 C.C.C. (2d) 276 (Ont. C.A.).

4. *Lemay* v. *The Queen* [1952] 1 S.C.R. 232.

5. See *Magistrates' Courts Act* 1980; *Magistrates' Courts Rules* 1981 (U.K.); *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 16 (U.S.A.).

6. See, *e.g.*, Hooper, *Discovery in Criminal Cases* (1972) 50 Can. Bar Rev. 445; Law Reform Commission of Canada, *Discovery in Criminal Cases* (Working Paper No. 4) (1974); Cassells, *Comment* [on Working Paper No. 4] (1975) 7 Ottawa L. Rev. 281; Sopinka, *Comment* (1975) 7 Ottawa L. Rev. 288; Swabey, *Comment* (1975) 7 Ottawa L. Rev. 291; Ferguson, " Discovery in Criminal Cases", in Atrens, Burns and Taylor, *Criminal Procedure: Canadian Law and Practice* (1981), ch. 13.

7. Rizkalla, *Pre-trial Discovery: Evaluation of the Montreal Pilot Project* (unpublished, 1980), 66.

8. *Ibid.*.

9. See Rizkalla, *supra*, note 7; Swabey, *supra*, note 6.

10. *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*, 18 *et seq.*

11. See *ibid.*, 12-15.

12. *Ibid.*, 22 *et seq.*

13. Criminal Lawyers' Association, *The Preliminary Hearing* (1982).

14. *Ibid.*, 18.

15. Alford, *The Preliminary Inquiry in Canada — Advance Report* (unpublished, 1983), 1-14.

16. *Supra*, note 10, 23.

84- 3373 /

RAPPORT 22

LA COMMUNICATION DE LA PREUVE PAR LA POURSUITE

Disponible gratuitement par la poste:

Commission de réforme
du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

©Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1984
N° de catalogue J31-42/1984
ISBN 0-662-53094-2

RAPPORT

SUR

LA COMMUNICATION DE LA PREUVE PAR LA POURSUITE

Juin 1984

L'honorable Mark MacGuigan, c.p., c.r., député
Ministre de la Justice
et Procureur général du Canada
Ottawa, Canada

Monsieur le Ministre,

Conformément aux dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous soumettre le rapport et les recommandations qui sont le fruit des recherches effectuées par la Commission sur la communication de la preuve par la poursuite.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de notre très haute considération.

Allen M. Linden
président

Jacques Fortin
vice-président

Louise Lemelin, c.r.
commissaire

Alan D. Reid, c.r.
commissaire

Joseph Maingot, c.r.
commissaire

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M. le professeur Jacques Fortin, vice-président
M[e] Louise Lemelin, c.r., commissaire
M[e] Alan D. Reid, c.r., commissaire
M[e] Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche sur la procédure pénale

Winston McCalla, c.r., LL.B., LL.M., Ph.D.

Conseillers

Anthony Hooper, M.A., LL.B.
Patrick Healy, B.A. (Hons), B.C.L.
Pierre Robert, LL.L.

Remerciements

Le ministère de la Justice, et notamment Me Edwin Tollefson, c.r., et Me Paul Chumak, c.r., ont beaucoup aidé la Commission dans la préparation du présent rapport. Nous tenons à les remercier sincèrement pour leur support et leur collaboration. Nous devons toutefois souligner que les recommandations et les opinions émises dans ce rapport ne reflètent pas nécessairement celles du Ministère de la Justice.

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE UN: L'état du droit 3

I. Le droit et la pratique actuels 3

II. L'évolution des propositions 4

III. Les expériences-pilotes 6

IV. La communication de la preuve et l'enquête préliminaire ... 10

CHAPITRE DEUX: La réforme du droit 13

I. Recommandation 13

II. Commentaires 15

A. *Observations générales* 15

B. *Le moment de la communication de la preuve* 19

1. L'avis d'accusation 19

2. L'avis du droit à la communication de la preuve 20

3. La communication de la preuve 20

C. *Le contenu de la communication de la preuve* 23

1. Les déclarations 23

a. *Les déclarations de l'accusé* 24

b. *Les déclarations des témoins* 25

2. Les casiers judiciaires 27

3. Autres renseignements devant être communiqués 28

D. *Les exceptions* 30

E. *La mise en application* 31

F. *Les coûts* 32

G. *Les modifications accessoires* 33

CONCLUSION 35

RENVOIS 37

Introduction

La qualité des renseignements mis à la disposition des parties influe fortement sur l'équité et l'efficacité de l'administration de la justice. Au Canada, la communication de la preuve est une procédure courante en droit civil: elle vise à accélérer le dénouement du litige en obligeant à préciser les points à débattre au procès et en limitant les risques de surprise. Notre procédure pénale, en revanche, ne comporte pas de règles sur la communication de la preuve, bien que les avocats de la défense profitent souvent de l'enquête préliminaire pour tenter de connaître le poids et la portée des arguments du ministère public. La question fondamentale est donc celle-ci: l'établissement de règles en vue de rendre obligatoire la communication de la preuve et d'autres renseignements permettrait-il d'accroître véritablement l'équité et l'efficacité de l'administration de la justice? Et dans l'affirmative, il convient de poser une autre question: quels devraient être le contenu et la portée de telles règles?

Ces questions ont fait l'objet d'un examen attentif dans de nombreux pays où le système de droit pénal tire ses origines du common law. Au Canada, la discussion a surtout été amorcée par le document de travail publié par la Commission en 1974 et intitulé *La communication de la preuve*. Depuis la parution de ce texte, la Commission et d'autres groupements intéressés du milieu juridique ont entrepris un nouvel examen de la portée de la communication de la preuve et du rôle de l'enquête préliminaire. Les résultats de plusieurs études empiriques et expériences-pilotes sont venus enrichir la discussion.

Sans préjuger des travaux futurs sur la communication par le prévenu et sur l'enquête préliminaire, les recommandations formulées dans le présent rapport se fondent sur la conviction que la communication de la preuve par le ministère public avant le procès, accroît l'équité et l'efficacité du système judiciaire pénal. Sur le plan de l'équité, la communication de la preuve permet au

prévenu de mieux apprécier les éléments de preuve qui pèsent contre lui et les diverses avenues de défense possibles; les risques de surprise seraient également réduits, sinon éliminés, par la communication de la preuve. L'efficacité, d'autre part, serait accrue grâce à la réduction de temps que suppose l'obtention de renseignements ayant une importance directe pour la préparation et le dénouement de l'affaire. En résumé, donc, nous répondons par l'affirmative à la question fondamentale posée ci-dessus.

Le présent rapport donne le point de vue de la Commission sur la portée et le contenu qu'il convient de donner aux dispositions sur la communication de la preuve par la poursuite. Les recommandations présentées ici, il convient toutefois de le souligner, ne constituent qu'une première étape de la révision complète des procédures préalables au procès en droit pénal. Malgré leur caractère partiel, nous croyons fermement que ces recommandations permettront d'améliorer la communication de la preuve par le ministère public, de diminuer le besoin de recourir à l'enquête préliminaire et, partant, de rendre la justice pénale plus efficace.

CHAPITRE UN

L'état du droit

I. Le droit et la pratique actuels

La législation pénale canadienne n'a jamais institué de régime général de communication de la preuve avant le procès par la poursuite. Dans certains cas bien précis, cependant, le *Code criminel* oblige le ministère public à communiquer sa preuve[1]; on pourrait également voir dans le droit du prévenu de contre-interroger les témoins à l'enquête préliminaire et d'en citer d'autres, une forme indirecte d'obtenir la communication de la preuve[2]. Un courant jurisprudentiel semble appliquer la règle britannique selon laquelle le ministère public est tenu de communiquer à la défense, avant le procès, les déclarations des témoins appelés à déposer au procès et qui n'avaient pas été entendus à l'enquête préliminaire[3]. Cette règle vise à supprimer les surprises préjudiciables au prévenu. Il n'existe cependant pas, en droit pénal canadien, de véritable régime de communication de la preuve par le ministère public avant le procès. Mis à part les exigences précises et limitées de la loi actuelle, la communication de la preuve ne fait l'objet d'aucune formalité au Canada et relève de la discrétion du ministère public[4]. La communication de la preuve avant le procès, dans son état actuel, varie selon les pratiques régionales, les négociations de plaidoyers et les rapports existant entre les membres du barreau; pour ces motifs, il est donc impossible d'en faire une étude systématique ou même de voir dans la pratique actuelle de la communication de la preuve une véritable caractéristique de la procédure pénale canadienne.

II. L'évolution des propositions

Au cours des quinze dernières années, l'idée d'instituer un régime obligatoire de communication de la preuve a suscité un intérêt grandissant au Canada. Parmi les facteurs les plus importants ayant contribué à ce phénomène, citons les initiatives américaines et britanniques[5], le développement de la pratique de la négociation des plaidoyers et, enfin, les nombreuses publications sur la communication de la preuve, dont celles de la Commission de réforme du droit du Canada[6]. Dans un document de travail de 1974, cette dernière recommandait de substituer à l'enquête préliminaire un régime obligatoire de communication de la preuve par le ministère public. Ce régime comportait une procédure en deux étapes: d'abord une réunion préparatoire entre les avocats, puis une audition judiciaire préalable. Ces recommandations, comme on pouvait s'y attendre, ont suscité bien des discussions; elles ont également été à l'origine de quelques projets-pilotes lancés par la suite et dont nous parlerons un peu plus loin dans le présent rapport. L'application expérimentale des mesures proposées a permis une économie substancielle de temps dans la préparation et l'audition des causes. Les expériences menées plaident donc clairement en faveur de l'instauration d'un régime obligatoire de communication de la preuve.

L'idée de la communication de la preuve avant le procès n'en a pas moins suscité une controverse au niveau des rapports entre cette procédure et l'enquête préliminaire. Dans l'état actuel du droit, ces deux procédures ne peuvent manquer d'influer l'une sur l'autre; il est tout aussi évident que les recommandations en vue d'un régime obligatoire de communication ont forcément une incidence sur d'autres aspects de la procédure préalable au procès. La recommandation faite par la Commission en 1974 reposait entièrement sur les avantages anticipés d'un régime global de communication avant le procès. La Commission estimait qu'un tel régime pourrait accélérer les choses à l'étape de l'enquête préliminaire. Il convient également de souligner, cependant, que dans les recommandations, il y avait une certaine confusion entre les avantages susceptibles de découler de la communication, et le rôle de l'enquête préliminaire, qui consiste à vérifier la suffisance de la preuve. Divers projets-pilotes ont montré que l'instauration d'un régime de communication permettait de supprimer les

déplacements inutiles de témoins et rendait possible le dénouement de certaines affaires sans enquête préliminaire, soit par la renonciation de l'inculpé, soit par un plaidoyer de culpabilité. On n'a pu conclure, toutefois, que la communication rendait inutile la vérification, avant le procès, de la suffisance de la preuve de la poursuite.

Si les expériences-pilotes ont permis de constater les avantages découlant d'un régime de communication de la preuve, elles n'ont donc pas fait l'unanimité quant aux modalités de cette communication ou quant au rôle de l'enquête préliminaire. Dans le premier cas, les opinions sont partagées sur des questions fondamentales, tels le moment et la portée de la communication, l'utilisation des renseignements communiqués, le pouvoir discrétionnaire du ministère public, le rôle des juges dans le processus de communication et, enfin, les sanctions de la non-divulgation. Ces questions ont été examinées en juin 1976, au moment où la Commission de réforme du droit a présenté un document sur la procédure préalable au procès à l'assemblée annuelle des ministres de la justice à Vancouver et, également en mars 1977, lors d'une conférence organisée par la Commission sur le thème «Se mieux préparer au procès». Cette consultation a permis à la Commission de conclure sans aucun doute que la réforme ne peut se réaliser sur une seule base volontaire et que la voie législative est la seule possible. Encore une fois, cependant, on n'a pu parvenir à un consensus sur les modalités de la communication. En 1978, la Commission a présenté au Parlement son rapport nº 9, qui consistait en diverses recommandations ayant trait à la procédure pénale, parmi lesquelles était évoquée la possibilité de faire la preuve de certains faits par déclaration solennelle. Cette proposition, qui implique la communication avant procès de la déclaration, peut être perçue comme une étape vers une éventuelle procédure de la communication plus complète.

Au moment où elle entreprenait, en 1981, la révision du droit pénal, la Commission de réforme du droit s'est de nouveau mise à l'étude du problème de la communication de la preuve avant le procès: en vue de mettre au point une nouvelle façon d'aborder la question, des consultations ont eu lieu avec les représentants des procureurs généraux des provinces en juin 1983. La Commission a alors proposé de maintenir l'enquête préliminaire, mais de l'intégrer à un régime détaillé de communication de la preuve comportant, en premier lieu, une rencontre officieuse entre les

avocats et, en deuxième lieu, une audition judiciaire pour régler les litiges relatifs à la communication. Ces propositions ont suscité des réserves à cause des difficultés que soulevait une telle réforme en profondeur de la procédure préalable au procès dans le cadre de la révision du droit pénal. C'est pourquoi la Commission a décidé, en octobre 1983, de modifier son approche en faisant des recommandations ponctuelles qui devraient favoriser l'instauration, dans la procédure pénale canadienne, d'un régime de communication de la preuve avant le procès, sans bouleverser les règles actuelles. C'est notamment en raison de cet objectif moins ambitieux que la Commission passe directement à l'étape du rapport au Parlement.

III. Les expériences-pilotes

Après la publication, en 1974, du document de travail de la Commission, plusieurs expériences-pilotes ont été mises sur pied afin de vérifier la possibilité d'appliquer, en pratique, les règles sur la communication de la preuve. Comme on pourra le constater d'après le compte rendu qui suit, ces expériences tendent à montrer que l'administration de la justice pénale gagnerait en efficacité si un régime obligatoire de communication de la preuve était instauré.

La première expérience-pilote a débuté à Montréal le 28 février 1975 sous la direction du juge Lessard. L'expérience était fondée sur le consentement du barreau et des juges; étant donné son caractère volontaire, il était donc convenu que les avocats de la défense auraient toujours le droit d'exiger la tenue d'une enquête préliminaire. Le juge, à cause de l'absence de pouvoirs spécifiques reconnus par le *Code criminel*, assume un rôle réduit dans la procédure quoiqu'il s'impose en réalité comme un arbitre entre les parties. Ses seuls pouvoirs juridictionnels sont ceux conférés au Juge de Paix à l'enquête préliminaire, particulièrement ceux, assez importants, relatifs à l'ajournement.

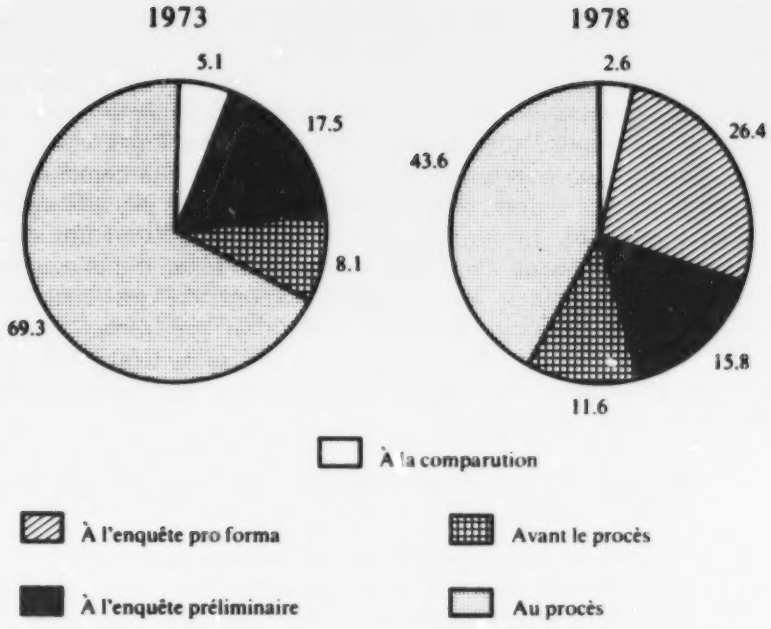
La procédure retenue à Montréal comportait deux étapes: la séance de communication entre les avocats, suivie d'une audition devant le juge de paix. Au jour fixé pour cette audition, les avocats

se réunissaient au préalable pour discuter de la communication. Cette séance était également l'occasion de négocier le plaidoyer, ou de préparer les procédures futures. Les avocats y discutaient en outre de la possibilité de formuler certaines admissions ou de renoncer à l'enquête préliminaire conformément à l'article 476 du *Code criminel* (on pourrait définir l'«audience» sur la communication de la preuve comme une enquête préliminaire à laquelle aucun témoin n'est cité). Le juge de paix vérifiait si la communication avait été faite et lorsqu'une partie souhaitait la tenue d'une enquête préliminaire, il invitait les parties à circonscrire les questions litigieuses. En principe, toutefois, l'audition *pro forma* servait avant tout à consigner les intentions et décisions des parties au sujet du déroulement de l'affaire. La défense pouvait à cette étape emprunter diverses voies:

- renoncer à l'enquête préliminaire, avec le consentement de la poursuite;
- exiger la tenue d'une enquête préliminaire partielle, en s'engageant à renoncer à la continuation de cette dernière après l'audition d'un ou de plusieurs témoins désignés;
- exiger la tenue d'une enquête préliminaire;
- plaider coupable;
- demander l'ajournement de l'audience pour préparer un éventuel plaidoyer de culpabilité ou pour terminer la communication de la preuve; ou
- formuler certaines admissions.

Enfin, les parties informaient le tribunal de la durée approximative de l'étape suivante, qu'il s'agisse de l'enquête préliminaire ou du procès.

Le tableau qui suit montre à quelle étape les causes se sont terminées, tant avant (1973) qu'après (1978) le début de l'expérience tentée à Montréal. On y voit clairement les avantages que présente le régime de communication de la preuve:



On constate que 26,4 % des affaires se sont terminées de façon définitive à l'«enquête *pro forma*». On remarque en outre qu'une proportion importante d'affaires réglées au procès n'avaient pas été précédées d'une enquête préliminaire, par suite d'une renonciation effectuée conformément à l'article 476 du *Code criminel*.

Il convient également de souligner l'augmentation nette des plaidoyers de culpabilité entre les années 1973 et 1978; à l'étape de l'enquête préliminaire, qui permet la comparaison, le chiffre est passé de 8,1 % à 19 %[7]. On observe la même tendance au sujet des plaidoyers de culpabilité faits juste avant le procès, qui sont passés de 10,5 % en 1973 à 21 % en 1978. Par ailleurs, le nombre d'accusations retirées par le ministère public a presque triplé après le début de l'expérience, passant de 4,5 % en 1973 à 12,2 % en 1978. Toutes ces données impliquent nécessairement une diminution importante du coût de l'administration de la justice pénale[8].

La caractéristique principale de l'expérience de Montréal consistait dans la création d'une nouvelle étape dans le processus judiciaire, se situant entre la première comparution et l'enquête préliminaire; cette mesure a inévitablement fait de l'instauration

d'un régime de communication de la preuve, un aspect essentiel de la procédure pénale à Montréal. D'ailleurs, la procédure, expérimentale à l'origine, en 1975, est depuis lors devenue une pratique courante. C'est justement la création d'une étape distincte dans le processus judiciaire qui semble avoir assuré le succès de l'expérience à Montréal. À Vancouver, par exemple, l'expérience n'était pas intégrée au processus judiciaire: le régime de communication y a gardé son caractère officieux et n'est pas devenu une pratique courante.

Seul le projet-pilote de Montréal a été soumis à une appréciation exhaustive[9] mais d'autres expériences ont été tentées au Canada. Le projet d'Ottawa, mis en œuvre peu après celui de Montréal, comportait une procédure à peu près identique. Il convient toutefois de souligner que dans cette expérience, on a attaché une importance considérable à la préparation du dossier. Par exemple, le projet d'Ottawa prévoyait une rencontre préliminaire entre le procureur de la Couronne et l'agent-enquêteur afin de déterminer les accusations devant être portées et les éléments de preuve additionnels nécessités par la communication de la preuve. Cette procédure touche directement le processus d'inculpation et le déclenchement des procédures. Le projet d'Ottawa se distinguait également par le fait qu'il y avait définition préalable des renseignements qui devaient être communiqués à la défense, ce qui a bien sûr une incidence sur le rapport de police, et garantit en outre l'uniformité des formalités de communication. Dans l'évaluation du projet-pilote de Montréal, on a considéré comme une lacune l'absence d'une définition préalable des renseignements devant être communiqués. Cette lacune était l'un des principaux motifs d'insatisfaction des avocats de défense, jusqu'à ce que le bureau de Montréal du procureur général adopte des directives officieuses à cet égard.

Une autre expérience a été tentée à Edmonton, pendant une courte période, au début de 1977. Les résultats se sont avérés encourageants: on a pu observer une diminution de 50 % du nombre de témoins cités. Contrairement aux projets de Montréal et d'Ottawa, celui d'Edmonton attribuait un rôle très restreint au juge, qui se contentait de vérifier les décisions prises par les parties par suite de la communication de la preuve.

Deux expériences-pilotes ont été menées à Vancouver entre 1977 et 1979, l'une par le ministère public fédéral et l'autre par la

province. Ces deux expériences se distinguaient des projets antérieurs en ce que la communication de la preuve relevait entièrement des parties, sous la surveillance d'un coordonnateur qui n'était pas un juge.

IV. La communication de la preuve et l'enquête préliminaire

Comme nous l'avons déjà souligné, le document de travail de 1974 publié par la Commission recommandait l'abolition de l'enquête préliminaire et sa substitution par une procédure de communication de la preuve; la défense aurait en outre eu le droit de présenter une requête alléguant que d'après les éléments de preuve communiqués, la citation du prévenu à son procès ne semblait pas justifiée. En mai 1982, le Law Society of Upper Canada publiait le *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*, également appelé «rapport du comité Martin» (le comité était présidé par le juge G. Arthur Martin). La majorité des membres du comité a également recommandé de fonder les citations à procès sur des documents, sous réserve du droit du poursuivant de citer des témoins s'il le souhaite, et du droit du prévenu de le faire avec l'autorisation du juge de paix. L'accusé aurait conservé le droit d'alléguer que la citation à procès n'est pas justifiée d'après les documents soumis et les dépositions des témoins. Les documents devaient consister «généralement parlant» en des déclarations signées[10].

D'après le rapport minoritaire du comité Martin, aucune modification ne devrait être apportée au droit à l'enquête préliminaire et l'application correcte de la communication de la preuve réduirait le nombre et la durée de ces enquêtes, comme cela s'est produit en Angleterre[11]. La minorité a même mis en doute les statistiques invoquées par la majorité à l'appui de ses recommandations. S'il y a véritablement des abus, il serait possible, selon la minorité, d'autoriser les juges à condamner les avocats qui occasionnent des pertes de temps à supporter les frais des procédures inutiles ou abusives. Les membres de la minorité ont également recommandé que les juges de la Cour provinciale

exercent un contrôle plus strict sur les interrogatoires faits au hasard[12].

À la même époque, la "Criminal Lawyers' Association of Ontario" publiait un rapport intitulé *The Preliminary Hearing*, dont les conclusions étaient presque identiques à celles du rapport minoritaire[13]. Ce document comportait une étude statistique faite par M. James Wilkins, de laquelle il ressortait qu'en Ontario les enquêtes préliminaires sont une chose rare et ne représentent qu'entre 0,5 et 4,7 % des affaires réglées par la Cour provinciale (division criminelle)[14]. M. Wilkins a constaté que dans environ la moitié des enquêtes préliminaires, le prévenu a été libéré ou a renoncé à la présentation de la preuve. À l'instar de la minorité du comité Martin, M. Wilkins est arrivé à la conclusion qu'une amélioration de la procédure de communication permettrait sans doute d'écourter les enquêtes préliminaires.

Les recommandations du comité Martin, et en particulier celles qui touchent l'abolition de l'enquête préliminaire, ont également fait l'objet de discussions lors de réunions tenues en 1983 à Toronto et à Banff par l'Association du Barreau canadien. À la même époque, le ministère fédéral de la Justice a entrepris une étude empirique sur l'enquête préliminaire. Cette étude portait sur 7 219 cas de poursuite dans lesquels l'enquête préliminaire pouvait être demandée. L'échantillon provenait de treize districts judiciaires répartis à travers le Canada, et chaque affaire avait commencé au cours du premier trimestre de 1980. Il y a eu enquête préliminaire dans 2 174 cas, soit 30 % de l'ensemble des poursuites. Il y a eu citation et audition de témoins dans seulement 46 % de ces enquêtes préliminaires. Qui plus est, dans 80 % des cas, l'enquête préliminaire a duré moins d'une journée et dans 10 % des cas, elle a donné lieu au retrait des accusations ou à la libération de l'accusé. Il convient également de souligner qu'il y a eu plaidoyer de culpabilité dans 71 % des 1 800 cas où l'enquête préliminaire a été suivie d'une citation à procès. Ces données viennent confirmer qu'il peut y avoir coexistence de l'enquête préliminaire et d'un régime de communication de la preuve avant le procès[15].

La majorité des membres du comité Martin a toutefois recommandé pour sa part au législateur d'attendre, pour faire de ses propositions un texte de loi, que le régime ait été appliqué d'une manière volontaire pendant un laps de temps suffisant pour

que l'on puisse en apprécier l'efficacité. Elle a cependant fait une mise en garde:

> [TRADUCTION]
> Conférer le droit absolu d'exiger l'interrogatoire sous serment de certaines catégories de témoin reviendrait à superposer l'enquête préliminaire actuelle à un régime de communication de la preuve avant le procès; cela ne contribuerait vraisemblablement pas à réduire la durée des procédures préalables, et risquerait même de l'accroître[16].

Avec déférence, nous sommes d'avis contraire. D'après les chiffres donnés ci-dessus, nous estimons que la communication de tous les éléments de preuve permettra de réduire la durée et le nombre des enquêtes préliminaires. Avec l'instauration d'un régime de communication de la preuve, l'enquête préliminaire pourra remplir sa véritable fonction: permettre le rejet des accusations qui ne paraissent pas suffisamment fondées.

CHAPITRE DEUX

La réforme du droit

I. Recommandation

La Commission recommande l'insertion de la Partie suivante dans le *Code criminel*:

PARTIE XIV. 2 Communication de la preuve

462.5 Le fonctionnaire judiciaire doit suspendre une poursuite criminelle au moment de la première comparution de l'accusé s'il n'est pas convaincu

***a*) que l'accusé a reçu une copie de la dénonciation ou de l'acte d'accusation contenant l'accusation ou les accusations portées contre lui; et**

***b*) que l'accusé a été informé de son droit de demander la communication de la preuve en vertu de l'article 462.6.**

462.6 (1) Avant d'exercer son option relativement au procès, ou avant de répondre à l'acte d'accusation, si cet événement survient avant, l'accusé peut demander au poursuivant

***a*) de lui remettre une copie de son casier judiciaire;**

***b*) de lui remettre une copie de toute déclaration pertinente qu'il**

a faite à une personne en situation d'autorité et qui a été consignée par écrit (ou de lui permettre d'examiner cette déclaration si elle a été enregistrée par des moyens électroniques);

c) **de lui permettre d'examiner toutes les pièces que le poursuivant a l'intention de produire et, si possible, d'en recevoir des copies;**

d) **de lui remettre une copie de toute déclaration pertinente faite par un témoin à charge et consignée par écrit ou, en l'absence de déclaration, un résumé par écrit du témoignage anticipé de ce témoin;**

e) **de lui permettre d'examiner l'enregistrement électronique de toute déclaration pertinente faite par un témoin à charge;**

f) **de lui remettre une copie du casier judiciaire de toute victime ou de tout témoin à charge, à condition que l'accusé en démontre la pertinence lorsqu'il formule sa demande; et**

g) **de lui communiquer le nom et l'adresse de toute personne susceptible d'être un témoin à charge ainsi que tout renseignement permettant l'identification de cette personne, dans la mesure où ces renseignements sont connus de l'agent de police ou du poursuivant chargés de l'enquête, et ne sont pas confidentiels aux termes d'une autre disposition de la loi;**

à moins qu'à la suite d'une demande *ex parte* faite par le poursuivant et appuyée par une déclaration assermentée établissant que la communication de la preuve mettra probablement la vie ou la sécu-

rité des témoins en danger ou entravera probablement l'administration de la justice, un fonctionnaire judiciaire compétent n'ordonne en donnant les motifs de sa décision par écrit, l'ajournement de la communication de la preuve à un autre moment précisé dans l'ordonnance.

(2) L'obligation qui incombe au poursuivant de communiquer le type de renseignements qui lui est demandé en vertu du paragraphe (1) est une obligation permanente qui ne nécessite aucune demande ultérieure.

(3) Aux fins du présent article, les alinéas *b*), *d*), ou *e*) du paragraphe (1) ne visent pas les communications régies par la Partie IV.1 de la présente loi.

462.7 Lorsqu'un fonctionnaire judiciaire compétent est convaincu qu'il y a eu violation des dispositions de l'article 462.6, il doit, à la demande de l'accusé, ajourner la poursuite jusqu'à ce qu'il soit convaincu que ces dispositions ont été respectées et il peut rendre toute autre ordonnance qu'il juge appropriée dans les circonstances.

II. Commentaires

A. *Observations générales*

Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction, l'équité et l'efficacité dans l'administration de la justice pénale sont les seuls objectifs qui pourraient justifier l'élaboration de règles pour régir la communication de la preuve avant le procès par la poursuite. Si de telles règles ne permettent pas véritablement à la défense de répondre de façon plus éclairée aux allégations de la poursuite ou n'accélèrent pas de façon marquée le règlement de la cause, leur

existence même ne ferait qu'aggraver le problème des législations superfétatoires.

Les tenants de l'élaboration de règles en cette matière soutiennent que l'absence de communication de la preuve ou la communication tardive de la preuve peuvent empêcher l'accusé d'exercer son option ou de plaider en connaissance de cause et entraîner, par conséquent, un ralentissement des procédures qu'occasionnent une nouvelle option ou un changement de plaidoyer. L'absence de communication de la preuve, même partielle, peut compromettre la possibilité pour l'accusé de bien préparer sa défense. En outre, les retards paralysent les tribunaux siégeant en matière pénale à cause notamment de l'enquête préliminaire et du contre-interrogatoire qui, souvent, sont transformés en procédures de communication de la preuve. L'enquête préliminaire a pour but principalement de vérifier la suffisance de la preuve de la poursuite: certes, la communication de la preuve peut contribuer à établir la suffisance de la preuve, mais cela ne veut pas dire que l'enquête préliminaire devrait être utilisée comme une procédure qui permette à l'avocat de la défense d'arracher au poursuivant les divers éléments de son dossier. De même, le contre-interrogatoire n'a pas pour but de recueillir tous les renseignements qui pourraient être utiles mais de vérifier la pertinence et la fiabilité de la preuve ou la crédibilité des témoins. Dans la mesure où l'absence de communication de la preuve entraîne des contre-interrogatoires exploratoires, la nécessité d'établir des règles régissant la communication de la preuve ne fait plus de doute.

En somme, les tenants d'une procédure de communication intégrale de la preuve considèrent que l'établissement de règles dans ce but précis favoriserait à la fois l'équité et l'efficacité car il est évident qu'un accusé qui connaît bien la preuve de la Couronne apportera des réponses beaucoup plus précises aux allégations de la poursuite. Comme les affaires porteraient davantage sur des questions litigieuses, l'établissement d'un régime de communication de la preuve aurait pour effet d'accélérer le règlement des poursuites criminelles en raison d'un plus grand nombre d'admissions, de consentements à la citation à procès, de plaidoyers de culpabilité donnés en connaissance de cause ou de retraits de l'accusation par la Couronne. Par surcroît, un juge qui sait que la Couronne a communiqué la preuve à la défense sera davantage en

mesure de rendre des décisions sur des requêtes pour modifier des chefs d'accusation, pour diviser des chefs d'accusation ou sur des requêtes pour détails, par exemple, et, en règle générale, d'obliger les avocats à accélérer le déroulement des procédures en faisant notamment des admissions.

Les adversaires de la communication de la preuve prétendent essentiellement que la communication intégrale et obligatoire de la preuve pourrait battre en brèche la responsabilité de la Couronne à l'égard de son dossier et, par voie de conséquence, l'intégrité de la poursuite elle-même. Selon eux, cela est d'autant plus vrai lorsque la protection des témoins est en cause. Puisqu'elle préconise la communication intégrale de la preuve, la Commission n'est évidemment pas impressionnée par ces arguments mais cela ne veut pas dire qu'ils sont sans fondement. Nous pensons que la protection des témoins et l'intégrité de la poursuite peuvent être assurées à l'intérieur d'un régime obligatoire de communication de la preuve.

Sous plusieurs rapports, les attitudes à l'égard de la communication de la preuve avant le procès traduisent l'antagonisme des avocats de la poursuite et de la défense. En matière pénale, il existe certes une opposition entre l'État et l'individu inculpé d'une infraction. Il arrive cependant que les rapports entre les avocats de l'État et les avocats des accusés soient marqués par cette opposition. Cela fait partie des mœurs dans la pratique du droit pénal au Canada. Par conséquent, la qualité de la communication de la preuve, en particulier lorsque la communication de la preuve est discrétionnaire ou volontaire, dépend dans une large mesure de la qualité des rapports qu'entretiennent entre eux les membres de ces deux groupes. Ce genre de conflit n'existe pas lorsque les avocats agissent tour à tour pour la poursuite et pour la défense. En effet, il ne fait pas de doute que l'absence de ce genre de conflit au sein du barreau criminel britannique a facilité la réglementation, en Angleterre, de la communication de la preuve par la poursuite avant le procès. Au Canada cependant, le consensus sur des questions touchant la réforme du droit est difficile à établir à cause de cette rivalité entre procureurs de la Couronne et criminalistes. On ne peut s'attendre à ce que le substitut du procureur général, dont l'activité quotidienne consiste à poursuivre des présumés criminels, adopte une attitude neutre à l'égard de certains principes lorsque ceux-ci opposent les intérêts de la Couronne et ceux de la défense. Il en va de même pour

l'avocat de la défense. Toutefois, en règle générale, les avocats de la poursuite sont mieux placés pour influencer la politique pénale. Cela tient dans une large mesure au fait qu'au Canada, il est de tradition que le fonctionnaire principal de la Couronne soit en même temps le conseiller principal du gouvernement en matière de législation. Il s'agit d'un ministre de la Couronne, habituellement le Procureur général. Nous pensons que ces facteurs embrouillent parfois les questions de fond.

Il s'agit donc essentiellement de déterminer si le genre de communication de la preuve proposé par la Commission compromettrait l'efficacité des poursuites. Il faudra donc démontrer que les règles que nous proposons, qui feront transparaître une bonne partie de la preuve de la Couronne, ne sont pas contraires à l'intérêt public.

D'aucuns considèrent que la communication de la preuve pourrait nuire à la poursuite lorsque les résultats de l'enquête sont incomplets, comme c'est souvent le cas au moment de la première comparution de l'accusé. Dans ces cas, la Couronne est protégée car c'est elle qui décide de l'opportunité d'engager une poursuite criminelle. Le droit à la communication de la preuve n'existe pas tant et aussi longtemps qu'il n'y a pas de dénonciation. Si la police et les avocats de la Couronne estiment que le fait de communiquer la preuve immédiatement après la première comparution de l'accusé risque de compromettre l'enquête ou la poursuite, ils n'ont qu'à retarder la dénonciation. Le danger que la communication de la preuve trahisse une enquête incomplète et des renseignements inexacts ne saurait être un argument valable contre cette procédure.

Par ailleurs, la Commission a essayé d'écarter tout danger que pourrait comporter la communication de la preuve en édictant une exception à l'obligation de communiquer la preuve. Nous discuterons toutefois de cette question plus loin.

L'importance que nous accordons aux droits et obligations décrits dans le présent rapport est l'une des trois raisons pour lesquelles la Commission considère que l'élaboration de règles en matière de communication de la preuve doit se faire par voie législative. Une autre raison est la nécessité d'assurer sinon l'uniformité, du moins une certaine cohérence, à travers le pays, des règles concernant le moment de la communication de la preuve

et les renseignements qui doivent être communiqués: la législation est le moyen le plus sûr d'y parvenir. Troisièmement, afin de favoriser le respect de ces règles et leur application uniforme, nous préconisons l'adoption de mesures législatives parce que c'est un moyen d'assurer le contrôle judiciaire de la communication de la preuve avant le procès par la poursuite.

La législation étant, selon nous, la meilleure solution, voyons maintenant pourquoi nous recommandons l'insertion d'une nouvelle Partie dans le *Code criminel*. En premier lieu, la communication de la preuve est un aspect distinct de la procédure pénale qui ne peut pas être inséré facilement dans les chapitres actuels du Code. Par exemple, les dispositions proposées par la Commission ne pourraient être intégrées dans les Parties XIV ou XV sans que cela ne soulève des problèmes délicats touchant la classification des infractions et la compétence des différents fonctionnaires judiciaires. (C'est pourquoi nous avons décidé d'employer l'expression «fonctionnaire judiciaire» pour désigner tout juge de paix, magistrat ou juge ayant le pouvoir d'appliquer le régime que nous proposons.) D'autres avantages découleraient de la création d'une nouvelle Partie dans le Code. Cette Partie permettrait notamment d'y intégrer facilement les réformes ultérieures en matière de communication de la preuve par la poursuite ou par la défense.

B. *Le moment de la communication de la preuve*

1. L'avis d'accusation

Par nature, un avis d'accusation diffère des déclarations, des casiers judiciaires et des autres renseignements nécessaires à la poursuite. Ce n'est pas, à proprement parler, un élément de la preuve de la Couronne. Par conséquent, certains considèrent que cette pièce n'est pas susceptible d'être communiquée. Toutefois, dans la mesure où un avis d'accusation et la procédure de la communication de la preuve sont semblables parce qu'ils comportent tous deux la transmission de renseignements de la poursuite à la défense, nous pensons qu'il devrait être prévu, dans le régime que nous proposons pour la communication de la preuve, un droit d'être avisé qu'une accusation a été portée.

La Commission estime que l'obligation de l'État de fournir à l'accusé une copie de la dénonciation ou de l'acte d'accusation avant ou pendant sa comparution est minime eu égard à l'importance d'un tel droit. Nous pensons qu'une telle obligation constitue une application concrète du droit de l'inculpé d'être informé prévu à l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Enfin, soulignons que ce droit est également énoncé à l'article 531 du *Code criminel* relativement aux actes d'accusation.

2. L'avis du droit à la communication de la preuve

Par souci d'équité, nous recommandons l'adoption de l'alinéa 462.5(*b*) afin que tout accusé, représenté ou non, soit informé dès sa première comparution de son droit de demander la communication de la preuve en vertu de l'article 462.6. Il est de plus en plus rare de voir une personne inculpée d'un acte criminel et qui n'est pas représentée par un avocat au moment de sa première comparution et ce, en raison du droit à l'assistance judiciaire et du préjugé défavorable inscrit dans la loi à l'égard de la détention avant le procès, mais la Commission estime que lorsque l'accusé n'est pas représenté, son droit d'être informé devient aussi important que la communication de la preuve elle-même. C'est pourquoi cette raison seule suffit pour que l'accusé demande à être représenté par un avocat. Dans de nombreux cas, l'avis prévu à l'alinéa 462.5(*b*) sera inutile, mais la Commission rejette de façon catégorique l'argument voulant que cette disposition ne ferait qu'ajouter aux formalités déjà lourdes qui pèsent sur les présidents des tribunaux criminels. Cet argument ne tient absolument pas compte de certains principes essentiels et fait outrage à la compétence des juges. Bien que la forme de l'avis prévu à l'alinéa 462.5(*b*) n'ait pas été prescrite, le libellé de cette disposition est simple et ne devrait poser aucune difficulté. Soulignons cependant que nous n'hésitons pas à qualifier toute dérogation à l'alinéa 462.5(*b*) d'erreur de droit susceptible d'être portée en appel ou de faire l'objet d'un recours extraordinaire.

3. La communication de la preuve

Nous recommandons que l'accusé ait le droit de demander la communication de la preuve de la poursuite avant qu'on ne lui demande de prendre une décision qui sera déterminante dans le règlement de la cause. Nous pensons que le meilleur moment pour

le faire est lorsque l'accusé se voit demander de choisir le mode de son procès ou de plaider. C'est à ce moment que l'accusé est véritablement en danger d'être condamné. Pour éviter toute ambiguïté, la Commission insiste sur la nécessité d'accorder ce droit à l'accusé *avant* l'option ou le plaidoyer, ou après ceux-ci, plutôt qu'*au moment* de l'option ou du plaidoyer. Le point de départ de cette procédure est la demande faite à l'avocat de la poursuite par l'accusé ou son avocat. La Commission préfère cette approche à l'imposition, à la poursuite, d'une obligation légale de communiquer la preuve, car l'efficacité d'un tel régime dépend de sa souplesse. En effet, la communication automatique de la preuve à l'accusé imposerait à la poursuite une obligation qui souvent serait disproportionnée eu égard aux besoins de la défense dans une situation donnée. De plus, la disposition proposée permet à l'avocat de la défense d'évaluer sa cause et d'agir avec discernement lorsqu'il formule des demandes à l'avocat de la poursuite. Nous pensons toutefois que l'avocat de la défense n'abusera pas de ce droit en faisant, dès le début, des demandes de communication de tous les renseignements qui sont mentionnés dans la disposition proposée. Comme nous n'avons pas prévu la forme de ces demandes, on peut s'attendre à ce que celles-ci fassent l'objet de discussions préliminaires entre l'avocat de la défense et celui du ministère public.

En ce qui concerne le moment de la communication elle-même, la Commission s'attend à ce que les avocats de la poursuite communiquent à la défense les renseignements demandés dans un délai raisonnable afin de lui permettre de les éplucher et de préparer sa cause. Le refus de lui accorder un délai justifierait amplement une demande d'ajournement.

La souplesse du régime que nous proposons est voulue. Bien que l'option et le plaidoyer de l'accusé soient des étapes essentielles au règlement des poursuites dans le cas des actes criminels, le temps qui s'écoule entre la première comparution de l'accusé et l'interpellation varie d'un endroit à l'autre. Dans une certaine mesure, ce délai varie selon la compétence des tribunaux et selon le nombre de causes sur le rôle. Dans plusieurs endroits, la première comparution de l'accusé n'est qu'une instance au cours de laquelle sont discutées certaines questions comme la remise en liberté sous caution. Dans ces cas, l'interpellation est ajournée afin de permettre à l'accusé de consulter un avocat et d'étudier les

options qu'il peut exercer à l'étape suivante. Cela est particulièrement vrai des infractions à l'égard desquelles l'accusé a le droit de choisir le mode du procès et, dans un bon nombre de cas, des infractions qui relèvent de la compétence absolue du magistrat. Suivant la pratique actuelle dans ces cas, il s'écoule un certain temps pendant lequel une communication de la preuve peut être faite.

Dans d'autres endroits cependant, une cause peut avancer considérablement et même être réglée dès la première comparution. C'est le cas notamment au Québec, où les juges de la Cour des Sessions de la Paix, le tribunal de première instance en matière pénale, président lors de la première comparution de l'accusé et lors de toutes les étapes subséquentes, sauf en ce qui concerne les causes qui relèvent de la compétence du juge et du jury. L'interpellation de l'accusé se fait habituellement lors de sa première comparution, et la communication de la preuve a généralement lieu après le choix du mode de procès et le plaidoyer. En ce qui concerne ces tribunaux, nos recommandations entraîneront une modification de la pratique actuelle et l'imposition de certains délais, afin que les demandes de communication de la preuve puissent être faites avant le choix du mode de procès et le plaidoyer.

Bien qu'il y ait lieu de s'inquiéter de tout nouveau retard dans le règlement des poursuites, deux raisons justifient, selon nous, notre recommandation. Premièrement, le fait de permettre à l'accusé d'avoir accès aux renseignements de la poursuite qui pourraient lui permettre de répondre intelligemment et de façon éclairée aux allégations du poursuivant, serait compromis si l'accusé ne pouvait pas faire valoir ce droit avant le choix du mode de procès et le plaidoyer. Deuxièmement, nous sommes convaincus que la perte de temps entre la première comparution et l'interpellation serait largement compensée par l'économie de temps réalisée subséquemment grâce à la communication obligatoire de la preuve. En effet, nous pensons qu'un tel régime diminuerait le nombre d'enquêtes préliminaires, ou à tout le moins la durée de celles-ci, ainsi que le nombre d'options exercées pour la forme, et favoriserait des règlements rapides. Bref, nous croyons que le retard occasionné par une communication adéquate de la preuve serait largement compensé par la célérité des étapes subséquentes.

Enfin, il convient de souligner que le droit à la communication de la preuve prévu à l'article 462.6 est un droit permanent. La demande formulée par la défense donne à l'accusé le droit

d'obtenir les renseignements demandés ainsi que les renseignements qui sont mentionnés dans cet article. Si le poursuivant obtient ultérieurement d'autres renseignements visés par la demande, l'obligation de communiquer la preuve s'applique également à ces renseignements. Comme il incombe déjà à l'accusé de demander la communication de renseignements, nous sommes d'avis que l'imposition d'une nouvelle obligation de demander des renseignements supplémentaires serait une contrainte administrative inutile pour l'ensemble des intéressés.

C. *Le contenu de la communication de la preuve*

Trois types de renseignements sont visés par les règles sur la communication de la preuve que nous proposons dans le présent rapport: il s'agit des déclarations, des casiers judiciaires et des autres renseignements devant être communiqués.

1. Les déclarations

Notre recommandation s'applique aux déclarations faites par l'accusé et par les personnes susceptibles d'être des témoins à charge. Avant de préciser les objets de ces dispositions, il convient de commenter les termes employés dans les alinéas *b*), *d*) et *e*) du paragraphe 462.6(1) relativement aux déclarations.

Premièrement, nous avons tenté d'imposer une limite raisonnable à la communication des déclarations en précisant que ces déclarations doivent être «pertinentes». Certes, la pertinence peut beaucoup varier en fonction des circonstances de l'affaire, mais nous pensons que cette restriction ne devrait pas provoquer de discussions stériles et causer des retards. Selon nous, est pertinent tout élément qui se rapporte à la preuve des accusations portées contre l'accusé dans une cause ou qui se rapporte, d'une façon plus générale, à la preuve des actes sur lesquels sont fondés les chefs d'accusation. Nous favorisons cette approche plus générale afin que l'accusé puisse bénéficier d'une communication intégrale de la preuve, étant donné que ce dernier peut, à l'issue d'une enquête préliminaire, être cité à procès sous une inculpation quelconque et se voir, lors du procès subséquent, inculper d'autres infractions découvertes lors de l'enquête préliminaire.

Quant aux modalités de la communication, il n'y a pas lieu de s'étendre sur la définition des termes «recevoir» ou «examiner». Il

s'agit de termes qui sont employés à l'article 531 du *Code criminel*. Toutefois, en ce qui a trait aux déclarations, nous proposons que l'accusé ait le droit d'examiner la déclaration lorsque celle-ci est enregistrée par des moyens électroniques.

En principe, nous pensons que l'accusé devrait avoir le droit de recevoir une copie de toute déclaration qu'il a faite à une personne en situation d'autorité, qu'elle ait été enregistrée par des moyens électroniques ou consignée par écrit. Cependant, nous hésitons pour le moment à recommander autre chose qu'un droit d'examen. Dans le document de travail 32, nous souhaitions la généralisation du recours à l'enregistrement électronique des interrogatoires des suspects et nous espérons que toutes les forces policières canadiennes finiront par adopter cette méthode. Les coûts de cette méthode, en particulier les coûts occasionnés par l'obligation de fournir une copie des enregistrements aux personnes interrogées soulèvent beaucoup d'inquiétude. Nous aimerions nous pencher davantage sur les problèmes que peut soulever l'obligation générale de fournir des copies avant de formuler une recommandation à cet effet dans un rapport au Parlement sur l'interrogatoire des suspects. En attendant, nous croyons qu'un droit d'examen est un excellent moyen d'assurer la communication des éléments de preuve contenus dans un enregistrement électronique. Nous pensons également que dans l'hypothèse où une copie d'un enregistrement satisferait davantage l'avocat de la défense, le ministère public et la défense pourraient conclure une entente satisfaisante à la suite d'une demande raisonnable formulée en ce sens.

a. *Les déclarations de l'accusé*

Il est inutile d'insister sur l'importance des déclarations de l'accusé. En effet, il serait difficile d'imaginer une catégorie d'éléments de preuve dont l'importance serait plus grande pour la préparation de la cause de la défense. L'une des difficultés que pourrait comporter le libellé de l'alinéa 462.6(1)*b*) réside dans la définition du terme «déclaration». Par exemple, les notes que prend un policier au cours d'un interrogatoire peuvent-elles être assimilées à une «déclaration» de l'accusé aux fins de la communication de la preuve? Dans la mesure où l'accusé n'en revendique pas expressément la «paternité», ces notes ne peuvent, à strictement parler, être identifiées à la déclaration de l'accusé puisqu'elles ne constituent que la version du policier de la

déclaration. Pourtant, pour des raisons pratiques, ces notes sont automatiquement identifiées à la déclaration et, pour le moment, nous recommandons sans hésitation que les notes de l'agent soient visées par le processus de communication de la preuve. L'obligation de fournir une copie à l'accusé pourrait être remplie par la reproduction photographique des extraits pertinents du cahier de notes.

Soulignons que ces remarques concernant les déclarations de l'accusé valent également pour les déclarations émanant d'autres personnes.

Une autre difficulté pourrait résulter du fait qu'ont été exclues des dispositions de l'alinéa *b*) les déclarations verbales faites par l'accusé. Soulignons toutefois que dans ses travaux sur l'interrogatoire des suspects par la police, la Commission a proposé une modification du droit actuel qui obligerait la police à consigner par écrit ou à enregistrer par des moyens électroniques toute déclaration faite par un suspect. Par conséquent, aux fins de la communication de la preuve, toute déclaration faite par un suspect à la police serait visée par l'alinéa *b*). Même en l'absence d'une telle modification, nous sommes d'avis que la teneur d'une déclaration faite par l'accusé à une personne en situation d'autorité et qui n'a pas été enregistrée pourra être communiquée en vertu de l'alinéa *d*).

b. *Les déclarations des témoins*

Essentiellement, l'alinéa 462.6(1)*d*) énonce que le poursuivant devrait fournir à la défense l'identité des personnes qu'il compte citer comme témoins et l'informer de la teneur probable de la déposition de ces personnes. Suivant cette disposition, la poursuite peut s'acquitter de son obligation en fournissant à la défense une déclaration écrite des témoins présumés ou, en l'absence de telles déclarations, un document décrivant la teneur probable de la déposition du témoin. Le principe qui sous-tend ces dispositions veut que la communication complète des témoignages prévus ait pour effet d'encourager les aveux de la part de la défense, et de réduire le nombre des témoins cités. Toutefois, sous ce rapport, l'efficacité des dispositions de la nature de l'alinéa 462.6(1)*d*) dépend des renseignements que contiennent les déclarations divulguées.

À cet égard, la Commission a envisagé une proposition visant à modifier la *Loi sur la preuve au Canada*, de façon à permettre, avec le consentement de la partie adverse, la réception en preuve, à l'enquête préliminaire ou au procès, d'une déclaration écrite signée par un témoin, de la même façon qu'un témoignage oral. Ce type de déclaration faite volontairement a été reconnu comme recevable en droit britannique depuis assez longtemps, dans le cadre des procédures relatives à la mise en état. En pratique, la déclaration tire sa force probante principalement d'une attestation dans laquelle le témoin certifie que la déclaration est vraie et qu'il sait qu'une déclaration délibérément fausse le rend passible de poursuites.

Une telle proposition impliquerait une modification des règles de preuve, de manière à rendre la procédure de l'enquête préliminaire et du procès plus expéditive. Par ailleurs, la proposition présente l'avantage d'améliorer la qualité de la communication de la preuve. En effet, elle viserait les documents dont il est question aux alinéas *d*) et *e*). En outre, le caractère formel de l'attestation aurait sans aucun doute pour effet d'assurer que la déclaration est plus complète et plus digne de foi.

Quoi qu'il en soit, nous ne recommandons pas, pour le moment, l'adoption de telles dispositions. En effet, nous hésitons à recommander un tel changement avant d'être en mesure de formuler nos conclusions au sujet de l'instruction du procès et de l'opportunité de conserver l'enquête préliminaire. Nous ignorons les effets importants que pourrait avoir un tel bouleversement sur le droit de la preuve, de même que la mesure dans laquelle il pourrait contribuer à améliorer la communication de la preuve, surtout si cette règle ne devait s'appliquer qu'avec le consentement de la partie adverse. En pratique, aucune règle du droit canadien n'empêche un avocat d'agir selon la règle britannique lorsque la déclaration en cause est signée et est admise de consentement, et nous ne saurions trop encourager cet usage.

Dans le cas où le témoin n'aurait pas fait de déclaration, qu'il s'agisse d'une déclaration du type dont nous venons de parler ou d'une déclaration à caractère moins formel, nous proposons que le poursuivant soit tenu de s'assurer qu'une «déclaration anticipée», c'est-à-dire une déclaration faisant état de la teneur probable de la déposition du témoin, soit préparée et communiquée à l'accusé. Étant donné qu'il incomberait, en vertu de la recommandation, à la

Couronne de communiquer la preuve, c'est le poursuivant qui, à toutes fins utiles, aurait à répondre de la qualité de cette communication dans l'hypothèse où la défense en contesterait le bien-fondé. À cet égard, la qualité de la communication de la preuve prévue à l'alinéa 462.6(1)*d*) devrait s'en trouver améliorée. Pour des raisons d'ordre administratif évidentes, nous éprouvons des réticences à exiger des poursuivants qu'ils fournissent une «déclaration anticipée» dans tous les cas. Toutefois, nous ne saurions trop insister sur l'utilité des déclarations anticipées chaque fois que la teneur probable de la déposition du témoin à charge ne peut être communiquée adéquatement en vertu des alinéas *b*) ou *d*).

2. Les casiers judiciaires

L'importance du casier judiciaire de l'accusé dans une poursuite pénale est indiscutable et il n'est pas nécessaire d'insister sur les raisons qui justifient l'inclusion des renseignements que contient le casier dans nos propositions relatives à la communication de la preuve.

En revanche, les raisons pour lesquelles le casier judiciaire d'un témoin devrait être divulgué ne sont pas aussi évidentes. En effet, l'usage que l'on peut faire des renseignements que contient le casier est plus limité. Le témoin n'est pas mis en accusation et, contrairement au cas de l'accusé, la mise en preuve de son casier judiciaire ne peut entraîner une aggravation de la peine.

Par contre, l'existence d'un casier judiciaire peut avoir des effets importants sur la crédibilité d'un témoin. Par conséquent, le droit de l'avocat de la défense d'attaquer la crédibilité d'un témoin ne devrait pas être mis en péril par la difficulté d'obtenir les renseignements nécessaires. Les condamnations prononcées contre une personne sont des renseignements publics et il ne nous semble pas déraisonnable que le poursuivant, qui peut facilement y avoir accès, soit tenu d'en faire part à l'accusé. Notre position se justifie également au regard de l'équité et de la réciprocité. En effet, le poursuivant qui, encore une fois, a facilement accès aux renseignements relatifs aux casiers judiciaires, n'est-il pas toujours en mesure d'attaquer la crédibilité des témoins de la défense au moyen de ces renseignements?

Il nous semblerait inacceptable, toutefois, que le casier judiciaire d'un témoin doive automatiquement être communiqué à la défense. D'une part, en effet, la tâche de la Couronne en serait considérablement accrue et d'autre part, la divulgation du casier d'un témoin (et en particulier de la victime) pourrait constituer une injustice lorsque les condamnations prononcées se rapportent à des infractions de peu d'importance ou commises il y a longtemps. L'utilité de ces renseignements peut se révéler seulement une fois la procédure bien engagée, et dans nombre de cas, le casier judiciaire pourrait bien n'avoir aucune pertinence. Selon nous, donc, la défense devrait être tenue, lorsqu'elle demande la communication de casier judiciaire d'un témoin, d'en établir la pertinence.

3. Autres renseignements devant être communiqués

Nous recommandons que la défense puisse avoir accès à d'autres renseignements, en plus des déclarations et des casiers judiciaires. Notre proposition visant à donner à l'accusé le droit d'examiner toute pièce que le poursuivant compte présenter en preuve ne fait que reproduire les dispositions actuelles de l'article 531 du Code. Nous recommandons toutefois d'étendre la portée de ce droit en permettant à l'accusé de demander et de recevoir des copies des pièces lorsque cela est possible. Il va sans dire que ce droit ne peut être exercé à l'égard de tous les types de pièces ou de documents. Toutefois, il semble que le type d'élément de preuve le plus souvent visé par cette disposition soit les documents, encore que même dans ce cas, en raison de certains problèmes pratiques, le droit de l'accusé puisse parfois être limité à l'examen des documents.

Par ailleurs, encore faudrait-il que la chose en question puisse être copiée. Il s'ensuit que les spécimens et les échantillons scientifiques ne pourraient être visés par cette disposition. La mesure dans laquelle le mécanisme de la communication de la preuve devrait permettre à l'accusé de procéder à des épreuves scientifiques est un problème distinct dont la Commission est pleinement consciente (et qui est en partie régi par l'article 533 du Code), mais dont elle préfère remettre l'étude à plus tard. Quoi qu'il en soit, nos propositions permettraient à tout le moins à l'accusé d'avoir accès aux rapports faisant suite aux épreuves lorsque le poursuivant se propose de citer l'expert comme témoin.

Nous recommandons également la divulgation des noms ou des détails permettant d'identifier les personnes que le poursuivant est susceptible de citer comme témoins, mais qui ne sont pas visées par les catégories énumérées aux alinéas *d*), *e*) et *f*). Ce faisant, nous avons voulu donner à la défense la possibilité d'interroger des personnes ayant déjà été interrogées par la police ou par le poursuivant, relativement à l'infraction en cause. Dans la mesure où l'alinéa 462.6(1)*g*) vise des personnes dont l'intervention pourrait entraîner l'acquittement de l'accusé ou une réduction de sa peine, la déontologie actuelle oblige le poursuivant à en divulguer l'identité à la défense. Toutefois, notre recommandation a une portée plus large. Nous estimons qu'il n'est pas suffisant de confier à la police ou au poursuivant le pouvoir discrétionnaire de déterminer qui est susceptible de détenir des renseignements importants aux fins d'une poursuite pénale.

Néanmoins, l'obligation de divulgation prévue à l'alinéa 462.6(1)*g*) est limitée aux renseignements dont le poursuivant ou l'agent de la paix responsable de l'affaire ont connaissance. Même si l'on peut soutenir que l'accusé devrait pouvoir obtenir tous les renseignements que connaissent tous les agents de la paix ayant participé à l'affaire, la Commission estime que la mise en application d'un tel droit serait trop difficile. En revanche, l'agent de la paix qui cacherait délibérément des renseignements au poursuivant ou à l'agent responsable de l'affaire s'exposerait à des poursuites pour entrave à la justice.

En ce qui a trait aux témoins éventuels, nous ne recommandons pas que l'obligation du poursuivant, quant à la communication de la preuve, soit aussi étendue que dans le cas de témoins présumés. En effet, cela entraînerait la divulgation non seulement de l'identité des témoins éventuels, mais également des déclarations qu'ils ont faites et dans certains cas, de leur casier judiciaire. À notre avis, cela serait excessif et démesuré par rapport aux besoins de la défense. Dans bien des cas, les renseignements que détiennent ces personnes n'ont que peu ou pas d'intérêt pour les parties. Leurs déclarations ne font pas partie de la preuve, bien qu'elles puissent être utiles au poursuivant lorsqu'il désire attaquer, au moment du contre-interrogatoire, la crédibilité d'un témoin à décharge. On comprend donc aisément que les poursuivants soient peu enclins à communiquer ces déclarations puisque la divulgation enlève à celles-ci leur principal intérêt. Nous croyons qu'il suffit, au regard des intérêts de la défense, que la poursuite

soit tenue de divulguer l'identité de ces personnes. Toutefois, nous ne voudrions pas que nos remarques aient pour effet d'empêcher les poursuivants de divulguer volontairement des déclarations et d'autres renseignements importants lorsqu'ils sont disposés à le faire.

La divulgation de l'identité des témoins éventuels en vertu de l'alinéa 462.6(1)*g*) pourrait soulever certaines questions en ce qui a trait au droit à la vie privée. Ces personnes sont souvent connues de l'accusé, mais il arrive qu'elles ne le soient pas et qu'elles éprouvent des réticences à l'idée que le rôle qu'elles ont joué dans l'affaire soit divulgué. En effet, la communication obligatoire de l'identité comporte le risque que des personnes disposées à transmettre volontairement des renseignements à la police soient découragées dans leur initiative. La question de la vie privée est essentiellement un problème dont la solution repose sur un dosage entre le droit de l'accusé de présenter une défense complète, et les intérêts des personnes qui peuvent être entraînées dans l'application de la justice pénale. Tout compte fait, nous estimons que le danger que représente une condamnation milite en faveur de la divulgation limitée que prévoit notre recommandation.

Dans les cas où la divulgation constituerait un danger important pour une personne, une demande pourrait être faite en vertu de la disposition d'exception que l'on trouve à la fin du paragraphe 462.6(1). Par ailleurs, les dispositions de l'alinéa *g*) n'imposent pas la divulgation d'autres renseignements protégés par la loi, comme l'identité des informateurs de la police.

Enfin, dans le cas où le poursuivant obtiendrait des renseignements pouvant amener l'acquittement de l'accusé ou une réduction de la peine de celui-ci, il serait manifestement tenu, sur le plan de la déontologie, de les communiquer à la défense, et rien dans le présent rapport ne doit être interprété comme ayant pour but de réduire cette obligation.

D. *Les exceptions*

Dans l'élaboration de tout mécanisme de communication de la preuve, force nous est de reconnaître qu'il existe des cas où l'intérêt public serait mieux servi par la divulgation tardive de

certains renseignements, afin que l'administration de la justice puisse suivre son cours sans entrave. C'est pourquoi nous recommandons, au paragraphe 462.6(1), que lorsque le poursuivant démontre que la sécurité d'un témoin ou toute autre cause légitime justifie que la divulgation soit différée, le fonctionnaire judiciaire chargé de l'affaire puisse délivrer une ordonnance à cet effet. Même si la demande devrait être entendue en l'absence de l'autre partie, il n'en reste pas moins que les raisons justifiant la non-divulgation tomberaient au moment où les renseignements seraient communiqués. Par la suite, l'accusé devrait être en mesure d'examiner la demande, les motifs invoqués à l'appui de celle-ci et l'ordonnance.

La Commission rejette d'emblée la position suivant laquelle la divulgation pourrait être refusée dans certains cas. En effet, la protection du tribunal peut être accordée au moment de la divulgation. Par exemple, la divulgation de la déclaration d'un témoin ayant obtenu la protection du tribunal, ne serait-ce que quelques instants avant le témoignage, pourrait faciliter la compréhension de la déposition et fournir des renseignements utiles en vue du contre-interrogatoire.

En second lieu, bien qu'il s'agisse davantage d'une disposition d'interprétation que d'une exception véritable à la règle de la divulgation, le paragraphe 462.6(2) soustrait à la communication les renseignements obtenus au moyen de l'écoute électronique, et régis par la Partie IV.1 du Code. En effet, dans ce domaine, la divulgation pose des problèmes particuliers qui sont actuellement réglés par cette Partie.

E. *La mise en application*

Le but de la communication de la preuve étant de fournir à l'accusé l'occasion d'examiner certains éléments de preuve pour la préparation de sa cause, nous proposons, à titre de mesure visant à assurer le bon fonctionnement du mécanisme de communication de la preuve, le pouvoir d'ajournement. Certes, il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire très flexible, mais nous croyons qu'il constitue un outil suffisant pour assurer, dans la plupart des cas, le respect des buts fondamentaux de la communication de la preuve.

Bien que nous ayons envisagé la possibilité de recommander le pouvoir d'exclure des éléments de preuve qui n'auraient pas été divulgués antérieurement, nous ne sommes pas arrivés à nous convaincre que ce pouvoir était justifié, ne serait-ce qu'à titre de mesure purement préventive, pour assurer le respect des règles. Il est en effet peu de cas où l'effet de surprise ou le préjudice causé à l'accusé seraient de nature à justifier une demande d'exclusion absolue de l'élément de preuve, par opposition à l'exclusion temporaire jusqu'à ce que l'élément de preuve ait été divulgué de façon satisfaisante. Toutefois, nous reconnaissons qu'il existe au moins deux types de situations où le préjudice causé à l'accusé par le non-respect des règles justifierait plus qu'un simple ajournement. Le premier serait celui où la non-divulgation aurait pour effet de refuser à l'accusé la possibilité raisonnable de réfuter les prétentions de la Couronne. Le second cas serait celui où la non-divulgation témoignerait d'un mépris délibéré à l'égard des droits de l'accusé. Dans les deux cas, la portée plus large de l'article 462.7 donnerait au juge le pouvoir de prononcer une ordonnance de divulgation. En outre, les cas de mauvaise foi pourraient justifier une nouvelle demande d'ordonnance en vertu de l'article 462.7, l'application des règles de droit relatives à l'outrage au tribunal ou l'exercice d'un recours sur le plan constitutionnel en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Nous n'excluons pas la possibilité de recommander un mécanisme précis d'exclusion à titre de sanction de la non-divulgation, au moment de l'agencement des fruits de nos travaux sur la procédure pénale au sein d'un nouveau code complet, mais nous éprouvons toujours les réticences que nous avons exprimées dans le rapport n° 21 au sujet de la multiplication des règles d'exclusion, sous différentes formes, à l'intérieur de la procédure pénale. Il s'agit-là d'une question sur laquelle nous comptons revenir ultérieurement. Pour le moment, nous nous abstenons d'inclure de telles dispositions dans le mécanisme dont nous recommandons l'intégration au code actuel.

F. *Les coûts*

La Commission recommande que la Couronne supporte les coûts de la communication de la preuve suivant les règles prévues par les propositions que contient le présent rapport. Bien que cette

responsabilité puisse être onéreuse dans certains cas, les coûts devraient être compensés par les économies de temps qu'entraînerait la nouvelle procédure. Par ailleurs, nous sommes d'avis que le droit à la divulgation est tellement essentiel à l'administration équitable de la justice pénale que le droit devrait se prémunir contre la possibilité que la solidité d'une défense soit déterminée par la situation financière de l'accusé. Dans bon nombre de cas, le simple examen des éléments de preuve ne suffit pas et, a priori, nous répugnons à l'idée que l'accusé se voie privé de la possibilité d'examiner en profondeur un élément de preuve à cause de son incapacité de payer pour en recevoir une copie.

G. *Les modifications accessoires*

Dans le présent rapport, nous avons fait mention à plusieurs reprises de l'article 531 du code actuel. Dans les limites de sa portée, cette disposition est un outil utile pour la défense, aussi bien dans l'intervalle entre la mise en état et le procès qu'au procès lui-même. Elle permet à l'accusé d'examiner gratuitement l'acte d'accusation, sa propre déclaration, la preuve et les pièces, et de recevoir copie, sur paiement de droits raisonnables, de tous ces éléments à l'exception des pièces. Bien entendu, le respect de ce droit est sanctionné par les tribunaux et, bien que ces dispositions trouvent application à un stade avancé des procédures, elles servent à promouvoir certains aspects importants de la communication de la preuve.

Nos recommandations reprennent tout le contenu de l'article 531, sauf le droit de recevoir, sur paiement d'un droit, la transcription des témoignages à l'enquête préliminaire. Si nous n'avons pas inclus ce droit important dans nos propositions, c'est que nous estimons qu'à proprement parler, la transcription des témoignages ne fait pas partie de la preuve devant être communiquée. En conséquence, nous sommes d'avis que l'article 531 devrait être modifié de façon à traiter exclusivement de ce droit. Les autres règles relatives à la communication de la preuve seraient prévues dans les articles 462.5 et 462.6 que nous proposons.

Soulignons en dernier lieu qu'il serait nécessaire de modifier l'article 532, qui prévoit la communication de certains documents à

la personne accusée de trahison. L'alinéa (1)*a*), en particulier, devrait être abrogé, car il renferme les mêmes dispositions que l'article 462.5 proposé. Quant au reste de l'article 532, on ne peut véritablement parler de double emploi; l'abrogation ne serait donc pas absolument indispensable. Il nous paraîtrait cependant préférable que ces dispositions soient intégrées à la nouvelle Partie dont l'insertion dans le Code est recommandée dans le présent rapport.

Conclusion

L'objet et la portée des recommandations que la Commission a formulées dans le présent rapport sont relativement limités. À partir du principe voulant que la communication de la preuve par la poursuite avant le procès ait pour effet de promouvoir l'équité et l'efficacité de l'administration de la justice pénale, nous avons recommandé que le législateur adopte un ensemble de règles visant précisément cet objectif. Bien que nous n'ayons pas profité de l'occasion pour faire une révision complète des règles relatives à l'enquête préliminaire et à la communication de la preuve par la défense, nous croyons que nos recommandations pourront aisément être intégrées au droit canadien actuel et, de plus, que les règles proposées pourraient être reprises au sein d'une révision générale des règles de droit régissant la procédure préalable au procès. Par ailleurs, nos recommandations sont relativement modérées dans la mesure où nous n'avons pas proposé, par exemple, l'adoption d'un mécanisme comme celui de la déclaration écrite et signée qui est actuellement un élément caractéristique bien établi de la procédure britannique relative à la mise en état. Comme nous l'avons fait précédemment, nous ne pouvons que rappeler notre intention d'examiner les questions de cet ordre lorsque nous aborderons l'enquête préliminaire et d'autres aspects de la procédure préalable au procès.

Pourtant, malgré la portée limitée du présent rapport, il ne fait aucun doute que l'adoption des recommandations qu'il contient, constituerait une innovation importante en droit pénal canadien. La conception traditionnelle de la communication de la preuve à titre d'initiative volontaire et discrétionnaire serait remplacée par un ensemble de règles de droit qui permettrait aux tribunaux de sanctionner le respect des droits de l'accusé. Par ailleurs, même s'il est important que la substance de ces règles soit énoncée dans le *Code criminel*, nous sommes d'avis que leur efficacité dépend de la facilité avec laquelle elles peuvent être intégrées dans la pratique quotidienne du droit pénal. Aussi, est-ce délibérément que nous avons proposé un mécanisme simple et flexible afin qu'il puisse être adapté aux usages locaux.

Renvois

1. Voir, par exemple, *Code Criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié), articles 178.16(4), 531 et 532. Voir aussi les articles 468, 469 et 533.

2. Voir *Patterson* c. *La Reine* [1970] R.C.S. 409; *Caccamo* c. *La Reine* [1976] 1 R.C.S. 786.

3. Voir *R.* v. *Demeter* (1975) 25 C.C.C. (2d) 417 (Ont. C.A.). Concernant les déclarations de l'accusé à la police, voir *Savion* v. *The Queen* (1980) 52 C.C.C. (2d) 276 (Ont. C.A.).

4. *Lemay* v. *The Queen* [1952] 1 R.C.S. 232.

5. Voir *Magistrates' Courts Act* 1980; *Magistrates' Courts Rules* 1981 (U.K.); *Federal Rules of Criminal Procedure*, règlement 16 (U.S.A.).

6. Voir, par exemple, Hooper, *Discovery in Criminal Cases* (1972) 50 R. du B. Can. 445; Commission de réforme du droit du Canada, *La communication de la preuve* (Document de travail nº 4) (1974); Cassells, *Comment* [sur le document de travail nº 4] (1975) 7 Ottawa L. Rev. 281; Sopinka, *Comment* (1975) 7 Ottawa L. Rev. 288; Swabey, *Comment* (1975) 7 Ottawa L. Rev. 291; Ferguson, " Discovery in Criminal Cases", dans Atrens, Burns et Taylor, *Criminal Procedure: Canadian Law and Practice* (1981), ch. 13.

7. Rizkalla, *Communication de la preuve: évaluation du projet-pilote de Montréal* (non publié, 1980), 94.

8. *Ibid.*

9. Voir Rizkalla, *supra*, note 7; Swabey, *supra*, note 6.

10. *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*, 18 et suivantes.

11. Voir *ibid.*, 12-15.

12. *Ibid.*, 22 et suivantes.

13. Criminal Lawyers' Association, *The Preliminary Hearing* (1982).

14. *Ibid.*, 18.

15. Alford, *The Preliminary Inquiry in Canada — Advance Report* (non publié, 1983), 1-14.

16. *Supra*, note 10, 23.